



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 322/2018

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 29 de noviembre de 2018, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación del Excmo. Sr. Consejero de Salud), mediante oficio registrado el día 9 de noviembre de 2018, sobre resolución del contrato de obras de ampliación del aulario de la Escuela de Enfermería de Cartagena, en el hospital "Santa María del Rosell", suscrito con la empresa -- (expte. 285/18), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Para la ejecución de las obras de ampliación del aula de la Escuela de Enfermería de Cartagena, en el hospital "Santa María del Rosell", se seleccionó a la empresa --, formalizándose el contrato el día 10 de enero de 2018. El Servicio Murciano de Salud (SMS) se obligaba a pagar el precio de 114.410,84 € por la realización de la obra. Para responder del cumpliendo de sus obligaciones el contratista constituyó, en la Caja General de Depósitos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (CARM), una garantía definitiva por 6.963,24 €, mediante contrato de seguro celebrado con la empresa "MILLENIUM INSURANCE COMPANY, LTD".

SEGUNDO.- El día 10 de enero de 2018 se suscribió un acta de comprobación del replanteo de las obras calificando como no viable la ejecución, por no disponer de la licencia de obras correspondiente y estar pendiente de la aprobación del plan de seguridad. Una vez salvados tales inconvenientes se firmó el acta de comprobación viable de las obras el día 15 de junio de 2018.

TERCERO.- La mercantil --, el 10 de julio de 2018 comunicó que "*por circunstancias sobrevenidas, la empresa se encuentra en una situación en la que se hace imposible abordar la ejecución de la obra[...] Por lo que nos vemos obligados a renunciar a la ejecución de dicha obra*".

CUARTO.- Por el Director Gerente del SMS se dictó, el 30 de julio de 2018, la resolución de inicio del expediente de resolución del contrato suscrito el 10 de enero anterior, con propuesta de retención de la garantía definitiva constituida, para responder de la indemnización que procediera por los daños y perjuicios ocasionados a la entidad, a cuyo efecto se debería tramitar un expediente contradictorio específico, dando audiencia al interesado y a la entidad avalista para que presentasen cuantas alegaciones y realizasen cuantas actuaciones estimaran oportunas. La resolución fue notificada a la empresa contratista así como a la avalista.

QUINTO.- El día 2 de agosto de 2018 la entidad avalista comunicó al SMS su criterio contrario a que la resolución se produjera por la causa invocada en la resolución de inicio del procedimiento dado que, según ella, la única que podía amparar tal resolución era la prevista en el artículo 237.1 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 (TRLCSP), que en su letra a) se refiere a "la demora en la comprobación del replanteo, conforme al artículo 229", siendo por tanto una causa únicamente imputable a la administración y no al contratista.

Junto con la petición anterior formulaba otra consistente en que se tomara declaración al contratista para que quedase acreditado que, el motivo alegado por el referido a "circunstancias sobrevenidas", no podía ser otro más que la situación de insolvencia o declaración de concurso de acreedores de la empresa.

SEXTO.- El día 10 de agosto de 2018 la mercantil -- formuló sus alegaciones significando que se ratificaba en "*lo expuesto en nuestro escrito de renuncia presentado en el registro del SMS con fecha 10 de julio de 2018*". Al no pronunciarse sobre la segunda de las peticiones de la entidad avalista, el 14 de septiembre de 2018, se requirió a la contratista para que, en el plazo máximo de 10 días, aclarase si se había producido la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento o declaración de concurso y, en tal caso, si se había abierto la fase de liquidación, con indicación de las fechas de producción de tales actos. El Director Gerente del SMS dictó resolución, el 18 de septiembre de 2018, suspendiendo el plazo para la tramitación del procedimiento, desde la solicitud de información a la empresa contratista hasta su efectivo cumplimiento o, en su defecto, por el transcurso del plazo concedido. Dicha resolución fue notificada tanto a la contratista como a la entidad avalista.

SÉPTIMO.- La entidad avalista presentó un escrito en el que se ratificaba en las alegaciones vertidas en su escrito de 31 de julio de 2018.

La contratista contestó el anterior requerimiento el día 28 de septiembre de 2018 indicando que "*no se ha producido declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento de declaración y, por consiguiente, no se ha producido apertura de la fase de liquidación de la empresa*".

OCTAVO.- El 11 de octubre de 2018 la Jefa de Servicio de Obras y Contratación del SMS formuló propuesta para resolver el contrato de obras de ampliación del aulario de la Escuela Enfermería de Cartagena, por incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato por parte del contratista, así como para retener la garantía definitiva constituida por importe de 6.983,34 €, para responder de la indemnización que pudiera proceder por los daños y perjuicios ocasionados al SMS, a cuyo efecto se debía tramitar un expediente contradictorio específico.

NOVENO.- El Servicio Jurídico de la Secretaría General del SMS evacuó su informe el día 24 de octubre de 2018 en el que, tras la exposición de los antecedentes y los fundamentos en que basaba su opinión, concluía que se informaba favorablemente la propuesta de resolución del contrato y de retención de la garantía definitiva.

Añadía que "*Conforme con el artículo 211.3 a) del TRLCSP, cuando se formule oposición por parte del contratista en los supuestos de resolución del contrato, será preceptivo el Dictamen del Consejo Jurídico, en concordancia con el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia*".

En este caso no consta oposición del contratista, y sí del avalista como interesado en el procedimiento administrativo de resolución. No obstante, ese Servicio de Obras y Contratación podrá solicitarlo si lo considera necesario para la tramitación del procedimiento de resolución, ya que la omisión del dictamen del Consejo jurídico, cuando ello sea preceptivo, sería causa de nulidad del procedimiento de resolución, de conformidad con el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de PACAP (sic)".

DÉCIMO.- En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA. Cuestiones procedimentales y normativa aplicable

Adjudicado el contrato cuya resolución se pretende el 4 de enero de 2018, es decir, antes de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), de conformidad con su Disposición transitoria primera, el régimen jurídico sustantivo aplicable a dicha resolución contractual será el establecido en la normativa anterior, esto es, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP).

Ahora bien, de acuerdo con reiterada doctrina del Consejo de Estado (entre otros, Dictámenes números 1767/2005, 2315/2004, 2314/2004, 2382/2003, 142/2003, 8/2003, 1598/2002, 527/2000 y 3437/99), la determinación de la ley aplicable al procedimiento de resolución del contrato y a la competencia del órgano que debe acordarla se rige por criterios diferentes, distinguiendo a efectos de régimen transitorio entre aspectos materiales y procedimentales y aplicando a estos últimos la norma bajo cuya vigencia se inicia el procedimiento en cuestión. En el supuesto ahora sometido a consulta esta norma es la LCSP, en vigor desde el 9 de marzo de 2018, siendo así que el procedimiento en el que se solicita el presente Dictamen se inició por resolución de 30 de julio de 2018.

Examinado el expediente remitido se observa que en la tramitación del procedimiento se han cumplido, en esencia, los trámites exigidos. No obstante, se advierte que no se ha remitido a este Consejo Jurídico, como sin embargo procedía, el documento de extracto del expediente, a tenor de lo establecido en el artículo 46.2 del Decreto regional nº 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA. Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se ha solicitado con el carácter de preceptivo. Así se expresa la petición recibida según la

cual "De conformidad con lo dispuesto en el art. 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con los artículos 210 y 211 del RDL 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se remite expediente a efecto de la emisión del preceptivo dictamen sobre RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRAS DE AMPLIACIÓN DEL AULARIO DE LA ESCUELA DE ENFERMERÍA DE CARTAGENA, EN EL HOSPITAL "SANTA MARÍA DEL ROSELL", SUSCRITO CON LA EMPRESA --, EXPTE. CO/9999/1100807893/17/PNSP, y en el que existe oposición por parte del avalista".

Entiende este Consejo que no puede emitir dictamen sobre el asunto consultado pues sólo le está permitido hacerlo en los casos expresamente previstos en la normativa aplicable a cada caso, y el ahora examinado no es uno de ellos.

El artículo 191 LCSP dispone, en su número 3 que será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de "a) La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista.". El texto es el mismo que el del artículo 211.3, a) TRLCSP y se ha repetido en las sucesivas normas que han regulado la materia desde el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado de 1965, lo que ha propiciado la elaboración de una línea jurisprudencial constante en la materia. Por su parte, el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ) señala igualmente la preceptividad del dictamen cuanto se trate de "Nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos y concesiones cuando se formule oposición por parte del contratista". Es decir, al margen de otros supuestos, sólo en el caso de que se formule oposición por el contratista el Consejo Jurídico está facultado para emitir dictamen en los casos de nulidad, interpretación o resolución de contratos administrativos.

No es este el caso en que la resolución se propone sin la oposición expresa del contratista. Antes al contrario, ha sido la mercantil adjudicataria del contrato la que ha declarado expresamente su voluntad de "renunciar a la ejecución de dicha obra" (folio nº 4 del expediente). La jurisprudencia viene confirmando el criterio de que sólo debe requerirse el dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, previsto en el artículo 22.11 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, de Consejo de Estado (LOCE), en los casos en que exista oposición del contratista. Como muestra de ello baste reproducir el Fundamento jurídico Cuarto de la Sentencia núm. 887/2005 de 30 junio (RJCA 2005/509) de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, según el cual "*En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Sección 7ª de la Sala 3ª de fecha 30 de septiembre del año 2003 (Recurso número 901/1998) (RJ 2003, 7121): «De lo expuesto se desprende claramente la exigibilidad del dictamen preceptivo del Consejo de Estado en los supuestos de resolución contractual, cuando se formule oposición por parte del contratista, es decir, que el único condicionante que excluye su intervención en los supuestos de resolución contractual radica en el aquietamiento del contratista, pero no cuando éste se opone a la pretensión resolutoria».* Y continúa, dentro del mismo Fundamento jurídico con la siguiente afirmación: "*Finalmente la Sentencia de 16 de julio del año 2002 (RJ 2002, 7097), también de la Sección 7ª de la Sala 3ª (Recurso número 1648/1997), realiza un interesante análisis de la trascendencia del dictamen del Consejo de Estado en supuestos de resolución del contrato, al señalar que: «La sentencia de instancia rechaza la concurrencia de esta infracción procedural, entendiendo que aquel dictamen sólo es preceptivo cuando la cuantía del contrato supera los cien millones, lo que no concurre en el caso debatido. Pero, la doctrina jurisprudencial de la Sala viene declarando de forma reiterada (por citar una de las últimas, en sentencia de 23 de julio de 2001 [RJ 2001, 7404]) que el art. 22-11 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril (RCL 1980, 921), del Consejo de Estado, señala que la Comisión Permanente del mismo deberá ser consultada, entre otros, en los asuntos referidos a la "nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista y, en todo caso, en los supuestos previstos en la legislación de contratos del Estado", sin que la precisión que efectúa el art. 18 de la Ley de Contratos del Estado (RCL 1965, 771, 1026), cuando se refiere a que en los casos de interpretación y resolución, cuando el precio del contrato sea superior a cien millones de pesetas, será además preceptivo el dictamen del Consejo de Estado, anude a dicha cuantía el presupuesto de la intervención del Órgano Consultivo, pues la dicción del art. 22-11 de la Ley Orgánica 3/1980 claramente determina la procedencia de su dictamen en los supuestos de resolución contractual administrativa*

cuento se formule oposición por parte del contratista; es decir, que el único condicionante que excluye su intervención en los supuestos de resolución contractual radica en el aquietamiento del contratista, mas no cuando éste se opone a la pretensión resolutoria. Por eso, constatada la omisión de este preceptivo trámite, la consecuencia lógica será la retroacción de actuaciones para que se verifique en debida forma...".

Es patente que el caso sometido a consulta no faculta a este Órgano consultivo a emitir dictamen dada la ausencia de oposición del contratista. Ahora bien, no él pero sí la avalista se opone a la resolución del contrato, planteando dudas ante las que la entidad consultante opta por solicitar el dictamen para evitar el riesgo advertido por el Servicio Jurídico de una posible impugnación de la resolución por nulidad de pleno derecho.

Pues bien, tampoco en este caso debe admitirse la necesidad de emisión del dictamen, entre otras razones porque el carácter abstracto de la garantía impide al avalista discutir con el avalado sobre la legalidad de la deuda garantizada. La jurisprudencia también se ha pronunciado para un supuesto similar. Lo resolvió la Sentencia núm. 423/2016 de 16 junio. (RJCA 2016\725) de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. En su Fundamento Jurídico Tercero expone que "*La recurrente parte de que: "aun cuando si bien es cierto que la Entidad contratista no formuló oposición alguna a la resolución, lo que sí está claro es que en el primer expediente, mi representada en su condición de avalista, y por lo tanto, directamente interesada, tal como razonamos en el anterior apartado de la demanda, sí que formuló oposición mediante escrito del 26-11-2009 (folio 189 del expediente administrativo), posteriormente, en el segundo expediente, la Entidad concursada era imposible que se opusiese, puesto que ya se había declarado su extinción mediante sentencia firme del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra de fecha 22-2-2013 , esto es, con anterioridad a la incoación del segundo expediente; no obstante, también en ese segundo expediente mi representada y todas las demás Entidades bancarias afectadas formularon escritos oponiéndose, esta vez, solo a la incautación de las garantías y avales, con lo cual, a la vista de lo expuesto, entiende esta representación que, gozando de la condición de interesada legítimamente, pues afecta claramente a sus intereses la incautación de las garantías, derivada de la resolución contractual, es por ello que debió haberse remitido el expediente para emisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado, porque estamos ante un supuesto totalmente análogo al que establece la Ley para el contratista, que se ciñe para tal exigencia a que se oponga solo el contratista, pero resulta obvio que la condición del avalista, coincidente en intereses con los del propio contratista, merece idéntica protección y seguridad jurídica sobre todo cuando su oposición al expediente se refiere a la incautación del aval que afecta gravemente a su situación, sobre todo teniendo en cuenta la injusticia con que se ha producido tal incautación como acto seguido examinaremos".*

El artículo 59-3 del Real Decreto Legislativo 2/2000 dispone que "No obstante lo anterior, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista".

Como reconoce la propia parte actora, en el procedimiento de resolución del contrato no ha habido oposición del contratista, por lo que en modo alguno era preceptivo el Dictamen del Consejo de Estado que es el requisito al que la ley anuda la necesidad de tal informe, y al margen de los intereses legítimos que puedan esgrimir los avalistas para ser parte en el procedimiento de resolución contractual e incautación de garantías no corresponde a estos sustituir al contratista siendo más que cuestionable que a la vista del contenido de los escritos presentados en vía administrativa haya habido por su parte una oposición a la resolución del contrato ya que se limitaba a solicitar la devolución de los avales y la restitución de las cantidades ejecutadas".

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se devuelve el expediente remitido a la entidad consultante para que continúe la tramitación del procedimiento de resolución sin pronunciamiento sobre el fondo toda vez que está vedado a este Órgano consultivo la emisión de su parecer al no tratarse del supuesto previsto en el artículo 12.7 LCJ.

No obstante, V.E. resolverá.

