



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 391/2012

(Sección 2ª)

La Laguna, a 13 de septiembre de 2012.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de La Gomera en relación con la *Propuesta de Resolución por la que sea acuerda la resolución del contrato de la obra "Reformado nº 1 Acondicionamiento piscina municipal de Santa Catalina (T.M. de Hermigua)" adjudicado a la empresa C.P.R.A.Á., S.L. (EXP. 356/2012 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Presidenta accidental del Cabildo Insular de La Gomera, es la propuesta de acto decisorio final del procedimiento de resolución del contrato de ejecución de las obras de acondicionamiento de la piscina municipal de Santa Catalina en Hermigua.

2. El contrato fue adjudicado el 24 de diciembre de 2010 por resolución de la Presidencia del Cabildo Insular. La fecha de adjudicación determina que su cumplimiento y extinción se rijan por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, LCSP, conforme dispone la Disposición Transitoria I.2 del Texto Refundido de dicha ley (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

3. El procedimiento de resolución contractual se inició el 14 de junio de 2012. Esta fecha determina que dicho procedimiento se rija por las disposiciones del TRLCSP.

4. El presente procedimiento de resolución contractual trae causa de un anterior procedimiento con el mismo objeto y finalidad, iniciado el 20 de diciembre de 2011, en el cual la contratista y su avalista se opusieron a la resolución contractual, lo que

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

determinó, en virtud de los artículos 211.3, a) y 213.1 TRLCSP y 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP), que este Consejo Consultivo emitiera el Dictamen 259/2012, de 1 de junio, el cual concluyó que el procedimiento había caducado lo que impedía analizar la resolución contractual debido a que el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) no permitía a la Administración dictar más resolución que la que ordenara el archivo de las actuaciones, sin perjuicio de que, conforme al artículo 92.3 LRJAP-PAC, la Administración pudiera iniciar un nuevo procedimiento de resolución contractual.

A la vista del Dictamen, la Presidencia del Cabildo dictó la Resolución de 14 de junio de 2012 que:

- a) Declaró la caducidad del expediente.
- b) Incoó nuevamente el procedimiento para resolver el contrato de obra.
- c) Ordenó que en este nuevo procedimiento se conservaran las actuaciones del anterior expediente.
- d) Concedió audiencia a la contratista y a su avalista para que alegaran cuanto conviniera a su derecho.

Esta Resolución fue notificada a dichos interesados sin que realizaran alegaciones oponiéndose a la resolución contractual.

El artículo 11.1.D.c) de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias establece la preceptividad del Dictamen del Consejo en los procedimientos de resolución contractual "*en los casos previstos en la normativa general de contratación administrativa*". Esa normativa general está constituida actualmente por los citados TRLCSP y RCAP.

Los artículos 211.3.a) (procedimientos, interpretación, modificación y resolución contractual) y 213.1 (procedimiento de resolución contractual por demora del contratista) TRLCSP disponen que el Dictamen será preceptivo cuando el contratista se oponga a la resolución. En el presente procedimiento ni la contratista ni su avalista se han opuesto a la resolución contractual, pero como las actuaciones del anterior procedimiento se han conservado e incorporado al nuevo y entre esas actuaciones consta la oposición de ambos a la resolución contractual que se perseguía con base en las mismas causas que se aducen ahora, hay que entender que se ha dado por reproducida dicha oposición, y por ende el Dictamen es preceptivo.

Por lo demás, en la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que obsten a un Dictamen de fondo.

II

1. El contrato fue adjudicado el 24 de diciembre de 2010 y se formalizó el 17 de enero de 2011. Sus Cláusulas I y IV, por mandato del artículo 99.3 LCSP, disponían que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP, formaba parte del contrato. Su Cláusula III fijaba el plazo de ejecución de la obra en catorce meses a partir de la fecha en que la Administración ordenara el inicio de las obras una vez levantada el acta de comprobación del replanteo. Ésta se suscribió el 19 de enero de 2011 y, conforme a su tenor, se autorizó el inicio de las obras al contratista "*empezando a contar el plazo de ejecución a partir del día siguiente al de la firma de este ACTA*". Por consiguiente, la fecha de terminación de las obras se situó en el día 20 de marzo de 2012.

El 24 de febrero de 2011, treinta y cinco días después del inicio de las obras, la Dirección facultativa informa que las obras se están ejecutando con retraso y que no se cumpliría con el programa de trabajo o plan de obra.

El 7 de junio de 2011, acompañando a la certificación de obra nº 5, emite nuevo informe que indica que ese mes se certificaban unidades de obras en un 61'85 % inferior a lo previsto, que en los primeros cinco meses del plazo total de 14 meses únicamente se había ejecutado un 6'49% de la obra contratada por lo que ésta marchaba con enorme retraso.

El 8 de julio siguiente el informe de la Dirección facultativa que acompaña a la certificación nº 6 expresa que se certifica sólo un 15'75 % de las unidades de obra que se debían haber ejecutado y que, en seis meses de trabajos de los catorce del plazo de ejecución, únicamente se había realizado el 7'53 % de la obra contratada.

El 10 de agosto siguiente, acompañando a la certificación nº 7, la Dirección facultativa adjunta informe que señaló que había transcurrido la mitad del plazo de ejecución de la obra y que sólo se había realizado el 9'90 % de ésta, a pesar de las repetidas ocasiones en que se había advertido, tanto a través del libro de órdenes como verbalmente, al contratista de dichos retrasos.

El 12 de septiembre al expedir la certificación nº 8 la Dirección facultativa torna a informar de que sólo se ha ejecutado un 11'49 % de la obra contratada, a pesar de que restan nada más que siete meses para su conclusión.

El 6 de octubre al expedir la certificación nº 9 la Dirección facultativa informa de que, a seis meses de la fecha pactada para la terminación de la obra, sólo se ha ejecutado el 12'24 % de ésta.

El 21 de octubre la contratista solicita a la Administración que le autorice la cesión del contrato. Los informes de Secretaría y de Intervención de la Corporación señalan que no se puede autorizar la cesión porque el artículo 209.2.b) LCSP sólo lo permite si el contratista ha ejecutado al menos un 20 % del importe del contrato, lo que no concurría en el presente caso, pues sólo se había ejecutado el 12'24 %.

El 25 de octubre la Dirección facultativa informa de que la contratista ha paralizado las obras.

El 3 de noviembre la Dirección facultativa informa sobre la paralización de las obras y la necesidad de que se adopten determinadas medidas de seguridad y de conservación de su integridad.

El 5 de noviembre la contratista recibe el escrito del Cabildo Insular ordenándole que hormigone los forjados o los retire para evitar su deterioro y que adopte medidas de seguridad.

El 11 de noviembre la contratista comunica a la Corporación que por Auto de 4 de octubre de 2011 el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santa Cruz de Tenerife había declarado a la empresa, a solicitud de la misma, en situación de concurso voluntario de acreedores manteniéndola en sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio y sometiendo su ejercicio a la autorización o conformidad de los administradores concursales.

El 30 de noviembre de 2011 la Dirección Facultativa emite nuevo informe sobre la paralización de las obras. En él se señala que, excepto la ejecución el 23 de noviembre del hormigonado del forjado nº 3, la contratista no había realizado más actividad en la obra que continuaba paralizada y que no se terminará en el plazo pactado. Este informe se traslada a la contratista y se le requiere para que informe sobre los motivos de la paralización y adopte las medidas de seguridad indicadas por la Dirección facultativa. La contratista no respondió a este requerimiento.

El 20 de diciembre de 2012 la Presidencia del Cabildo Insular dicta un Decreto ordenando la iniciación del procedimiento de resolución contractual por incumplimiento de los plazos parciales y del plazo total para la ejecución de la obra.

El 13 de enero de 2012 la contratista presentó su escrito de alegaciones oponiéndose a la resolución contractual por incumplimiento del plazo de ejecución

de las obras porque éste aún no había vencido y oponiéndose a la incautación de la garantía porque esta sólo procedería si el concurso de acreedores se calificara de culpable, circunstancia que no concurría.

El 24 de enero de 2012 se recibieron las alegaciones de la avalista oponiéndose a la incautación de la garantía porque el concurso de acreedores en que se hallaba su avalada no había sido calificado de culpable.

El 18 de abril de 2012 se formuló la propuesta de resolución. La solicitud de Dictamen del Consejo Consultivo sobre dicha propuesta se recibió el 25 de abril de 2012. Sobre ella recayó el citado Dictamen 259/2012 que señaló que el expediente había caducado por lo que la Administración no podía decidir el fondo del asunto, sin perjuicio de la posibilidad de que la Administración con la cobertura del artículo 92.3 LRJAP-PAC pudiera iniciar un nuevo procedimiento de resolución contractual.

Como se expuso en el Fundamento I, el Cabildo Insular inició de nuevo el procedimiento de resolución contractual, conservando las actuaciones del anterior expediente, concedió trámite de audiencia a la contratista y a su avalista y formuló la propuesta de resolución que es objeto del presente Dictamen.

III

1. En el Dictamen 142/2012, de 13 de marzo, este Consejo Consultivo, con cita de la doctrina legal constantemente reiterada por el Consejo de Estado, señaló que la resolución de un contrato procede al surgir una causa a la cual la ley liga ese efecto, de modo que si posteriormente sobrevienen otras causas, éstas son ya irrelevantes; que no puede alegarse como causa resolutoria una distinta y posterior para encubrir un incumplimiento anterior del contratista de las cláusulas contractuales atinentes al plazo; que si existe causa para la resolución contractual por culpa del contratista, esta causa es de aplicación necesaria.

También es doctrina legal del Consejo de Estado que la resolución de un contrato no debe basarse en más de una causa, especialmente cuando comporten efectos resolutorios de distinto alcance; por lo que una resolución contractual no se puede fundamentar simultáneamente en el incumplimiento de la empresa contratista y en la posterior suspensión de pagos de la misma, pues sólo cabe fundarla en la primera dada su prioridad temporal.

2. Los contratos administrativos son siempre contratos con plazo determinado [artículos 23 y 26.1.g) LCSP]. En ellos el plazo es un elemento esencial como pone de

manifiesto el que la constitución en mora del contratista no requiera intimación previa por la Administración (artículo 196.3 LCSP) y que su incumplimiento faculta a la Administración para imponer penalidades o resolver el contrato a su elección (artículo 196.6 LCSP).

El contratista puede suspender unilateralmente el cumplimiento del contrato únicamente en el supuesto y con los requisitos del artículo 200.5 LCSP: Que los pagos de las certificaciones de obras se hayan demorado más de cuatro meses y que el contratista haya comunicado a la Administración con un mes de antelación su propósito de suspender la obra por este motivo. Salvo este supuesto la suspensión de la obra únicamente puede ser acordada por la Administración según los artículos 203 y 217.4 LCSP.

3. El artículo 206.d) LCSP, establece como causa de resolución la demora en el cumplimiento de los plazos lo cual reitera la cláusula 33 PCAP al remitirse a dicho precepto.

La Cláusula 28.2 PCAP, con la habilitación del artículo 196.6 LCSP, establece como causa de resolución el incumplimiento de los plazos parciales. Esta misma Cláusula, en coherencia con el último inciso del artículo 196.6 LCSP establece como causa de resolución la demora en el cumplimiento de los plazos parciales cuando haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total.

4. Como se ha relatado en el Fundamento II, el 21 de octubre de 2011, a cinco meses del plazo de finalización de las obras, la contratista sólo había ejecutado el 12'24 % de ellas y el 25 de octubre abandonó la obra sin aducir ninguna causa de justificación a pesar de que la Administración la requirió al efecto, y sin que hasta la fecha las haya reanudado; con lo que, vencido el plazo total hace ya más de cinco meses, la obra permanece inconclusa.

Si en una obra cuyo plazo total de ejecución es de catorce meses, en nueve meses de trabajo únicamente se ha ejecutado el 12'24 % de ella y además el contratista abandona la obra, es razonable presumir que en los cinco meses restantes el contratista no ejecutará dentro del plazo total el 87'76 % pendiente de realizar, como los hechos han demostrado posteriormente. Por esta razón carece de fundamento la alegación del contratista de que no procede la resolución contractual porque cuando se inició el procedimiento para acordarla aún no había vencido el plazo total.

Este incumplimiento es imputable a culpa de la contratista porque no ha alegado ni por ende probado ninguna causa que justifique el incumplimiento de los plazos parciales, ni el abandono de la obra y consecuente incumplimiento del plazo total.

Este incumplimiento surgió en el tiempo con anterioridad a la declaración de concurso de acreedores de la contratista por lo que la causa de resolución que procede aplicar es la contemplada en el artículo 206.d) LCSP en relación con el artículo 196.3 de la misma sin que a ello obste la declaración de concurso voluntario de la contratista porque el artículo 67.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) establece que los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos administrativos entre el deudor y las Administraciones públicas se regirán por su legislación especial, y la LCSP no contiene ningún precepto que impida a la Administración resolver los contratos con el deudor declarado en concurso ni que le imponga resolverlos basándose únicamente en esa declaración de concurso del contratista.

La causa en la que se ha basado la Administración para iniciar el procedimiento de resolución contractual es, como se acaba de señalar, la prevista en el artículo 206.d) LCSP en relación con el artículo 196.3 de la misma y no la contemplada en el artículo 206.b) LCSP que es una causa que ha surgido con posterioridad a aquélla, por lo que se ha de desestimar la alegación de la avalista consistente en que, según el último inciso del artículo 208.4 LCSP, no procede la incautación de la garantía porque el concurso no ha sido calificado de culpable.

Al contrario, conforme al primer inciso de dicho precepto y al artículo 113 RCAP se debe declarar la pérdida de la garantía para afectarla a cubrir los daños y perjuicios ocasionados a la Administración, para cuya determinación se ha de incoar el correspondiente procedimiento, como igualmente, una vez firme la resolución contractual, según disponen los artículos 60.2.a) y 61.1 y 3 TRLCSP, se debe iniciar el procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar.

Por último, sin perjuicio de que en este caso al procedimiento de resolución contractual incoado no le es de aplicación la previsión contenida en el artículo 44.2 de la LRJAP-PAC, sobre la caducidad, por no haber vencido aun el plazo máximo establecido para dictar la correspondiente resolución, en razón a que la Disposición Adicional Primera, apartado 1, del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias, aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio, prevé que durante el mes de agosto de cada año se suspendan sus actividades, salvo

para los supuestos expresamente señalados en dicho precepto, cabe considerar no computable a estos efectos el mes de agosto, por no poderse disponer del Dictamen preceptivo a causa de esa suspensión de la acción consultiva durante dicho período de tiempo.

C O N C L U S I Ó N

Es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución.