



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 0 0 / 2 0 1 4

(Sección 2ª)

La Laguna, a 3 de septiembre de 2014.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Gran Canaria en relación con la *Resolución del contrato "010/12 OBRAS PARA LA REHABILITACIÓN DE LA GC-1 P.K. 46+000 AL 50+10"*, suscrito con la empresa (...), S.A. (EXP. 265/2014 CA)*.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Presidente del Cabildo de Gran Canaria, es la Propuesta de Resolución (PR) del procedimiento de resolución de contrato administrativo de obras, a la que se opone la empresa contratista, "para la rehabilitación de la GC-1 del p.k. 46+000 al 50+100". La PR será elevada a definitiva por el órgano competente, que resulta ser el Consejero Insular de Gobierno, de Obras Públicas e Infraestructura, por delegación de competencia del indicado Consejo (Acuerdo de 30 de junio de 2011).

2. La legitimación para la solicitud del dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC); en relación con el art. 211.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que establece dicha preceptividad "en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista; b) Modificaciones del contrato, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 por ciento del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros", legislación aplicable al caso, toda vez que el

* PONENTE: Sr. Lazcano Acedo.

contrato que se pretende resolver fue firmado el 16 de mayo de 2012, habiendo entrado en vigor el citado Texto Refundido el 16 de diciembre de 2011.

Asimismo, es aplicable al caso el art. 109.1.d) del R.D. 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos.

II

1. Los antecedentes de hecho correspondientes a este procedimiento, son los siguientes:

a) Con fecha 16 de mayo de 2012, el Cabildo de Gran Canaria suscribió contrato administrativo con la empresa (...), S.A., (el contratista) para la ejecución de las obras de REHABILITACIÓN DE LA GC-1 DEL p.k. 46+000 AL 50+100, estableciendo la cláusula segunda del contrato que el *importe* de la contrata ascendía a la cantidad de 1.237.964,22€ e IGIC de 61.898,21 €, y que el importe diario de penalizaciones por demora sería de 60 euros por cada 600,00 euros del precio del contrato y el importe de las mejoras propuestas de 355.890,82 euros. Por otra parte, la cláusula tercera establecía que el plazo del que disponía la empresa para ejecutar la obra era de seis meses contados a partir del día siguiente de extenderse (SIC) el acta de comprobación del replanteo.

b) En fecha 4 de mayo de 2012, la Corporación Insular requirió de la empresa contratista que aportase o subsanase documentación preceptiva para dar inicio a las obras; particularmente en relación al plan de seguridad y salud para su posterior aprobación.

Sin embargo, el citado plan de seguridad y salud no se aprobó hasta el día 11 de julio de 2012, fecha en la que la Dirección facultativa dio su conformidad a las modificaciones efectuadas en el plan de seguridad y salud por la empresa contratista.

c) Posteriormente, con carácter reiterado la Consejería de Gobierno, de Obras Públicas e Infraestructuras del Cabildo requirió a la empresa contratista a efectos de que procediese a la firma del acta de comprobación y replanteo de las obras (sic) y dar inicio a las mismas; por su parte, la empresa contratista, con fecha 20 de julio de 2012, presentó escrito solicitando la resolución del contrato por causa imputable a la Administración, alegando incumplimiento de los plazos para realizar el acta de comprobación y replanteo de las obras.

La Administración emitió escrito mediante el que requirió nuevamente a la empresa a efectos de que se personara y firmara el acta de comprobación del replanteo así como para que retiraran la documentación necesaria para dar inicio a las obras, aclarando en dicho escrito que *"la causa de que el acta de comprobación de replanteo no se hubiese formalizado dentro del plazo estipulado fue debido a los errores que contenía el plan de seguridad y salud presentado por la empresa contratista, que hubo que rectificar"*.

d) En fecha 7 de agosto de 2012, la empresa contratista reiteró su solicitud y voluntad de resolver el contrato, alegando que el retraso documental era imputable a la actuación de la Corporación insular, al entender que el Pliego de contratación establecía que en caso de no presentarse el plan de seguridad y salud en la fecha indicada en el acta de comprobación del replanteo los trabajos no podrían iniciarse, lo que habría retrasado la firma del acta sin que exista causa excepcional o de fuerza mayor que justifique el extraordinario retraso sufrido.

e) El 14 de agosto de 2012, el órgano de contratación requirió nuevamente a la empresa mediante escrito, indicando, en contra de la anterior alegación, que la empresa presentó el plan de seguridad y salud en la fecha indicada en el requerimiento, pero que al existir defectos en el plan presentado, no subsanados, tanto la Administración como el contratista tuvieron que actuar subsanando los mismos para poder continuar con los trámites oportunos, presentándose el día 11 de julio de 2012 el plan de seguridad y salud definitivo, recibido en la Consejería de Gobierno y Obras Públicas el día 20 de julio de 2012. Por lo que fue responsabilidad del contratista el retraso, por el mismo alegado contra la Administración.

Además, mediante el citado escrito la Consejería de Obras Públicas reiteró requerimiento a la empresa contratista a efectos de que procediese a suscribir el acta de comprobación de replanteo, advirtiéndole que de no proceder a ello se iniciarían los trámites encaminados a la resolución del contrato por causa imputable al contratista.

f) En fecha 20 de agosto de 2012, el contratista presentó escrito en el que comunicó su voluntad de cumplir las obligaciones asumidas contractualmente, pero señalaba que existían *"razones que imposibilitaban la firma"* del acta: Las *"condiciones estructurales del firme en el carril derecho en ambos sentidos de la citada obra"*; los *"valores utilizados para analizar la regularidad de los firmes del proyecto corresponden a la campaña del IRI de 2005"*; *"el análisis del estado actual*

del firme incluido en el presente proyecto se realizó con fecha 13 de noviembre de 2007"; y porque "existen graves deficiencias estructurales en el firme (especialmente en los carriles derechos de ambos sentidos), sin que la rehabilitación estructural necesaria en la vía se encuentre reflejada en el proyecto de ejecución contratado, siendo evidente que se ha producido un deterioro del firme mucho más intenso del estimado entre la fecha de la realización de los estudios previos al proyecto y el comienzo de la en ejecución de los trabajos en la vía".

Por todo ello, manifiestan que procederían a la firma del acta de replanteo pero haciendo constar las deficiencias observadas en la citada vía.

g) El 21 de agosto de 2012, se suscribió el acta de comprobación de replanteo e inicio de las obras. Asimismo, en dicho momento se dan instrucciones a la empresa para que proceda a *"señalizar el tramo de obras con la limitación de velocidad a 90 km/h y la correspondiente señalización de obras reglamentaria"*, órdenes que figuran debidamente inscritas en el *libro de órdenes* y recibidas por la empresa en dicho acto, tal y como consta documentalmente en el propio libro.

En fecha 30 de agosto de 2012, el Director de los trabajos comunicó que la empresa adjudicataria no había iniciado ningún tipo de trabajos ni había procedido a cumplimentar las instrucciones recibidas y recogidas en el libro de órdenes.

Asimismo, indicó que la obra se podía ejecutar con el proyecto adjudicado sin que para ello fuese necesario redactar un modificado, procediendo únicamente un reajuste de las mediciones de las partidas contratadas, pues si bien había aumentado el deterioro del firme por el excesivo plazo transcurrido desde la realización del proyecto hasta su adjudicación, y se consideraba necesario, para una correcta renovación del firme en el tramo, fresar, eliminar y reponer todas las zonas que presentan deterioro estructural importante, se estimaba que al existir en el proyecto unidades de fresado y reposición solamente era necesario un "ajuste de las mediciones previstas", sin que hubiera unidades nuevas que motivasen la redacción de un modificado.

También, se incorporó un documento sobre la estimación de las citadas mediciones necesarias para su correcta ejecución, en el que no constaban partidas nuevas ni se superó el importe de adjudicación eliminándose partidas cuya ejecución no afectaba a la circulación ni a la seguridad o que se podían posponer, quedando una diferencia únicamente de 755,50 euros entre ambas valoraciones.

Con fecha 7 de septiembre de 2012, el Jefe del Servicio Técnico emitió informe en el mismo sentido que el informe de 30 de agosto de 2012.

h) Con fecha 17 de septiembre de 2012, la empresa contratista vuelve a presentar escrito solicitando la resolución del contrato, por la imposibilidad de ejecutar los trabajos tal y como se establecía en el contrato firmado por las partes. Con fecha 24 de septiembre de 2012, se notifica y traslada a la empresa el informe técnico de fecha 7 de septiembre de 2012, reiterándole la Administración que las obras se podían ejecutar perfectamente con el proyecto adjudicado, sin necesidad de redactar modificado y sin superar el importe de adjudicación, simplemente reajustando las mediciones de las partidas contratadas.

i) Con fecha 2 de octubre de 2012, el Director de la Obra entregó nueva orden a la empresa contratista, haciendo constar:

" (...) el contratista no ha empezado ninguno de los trabajos del proyecto habiendo consumido el 25% del plazo de la obra desconociéndose los motivos de esta paralización unilateral por parte de la contrata. El tramo de obras se encuentra en un avanzado estado de deterioro y se recuerda que es obligación del contratista su conservación y mantenimiento, pudiéndose producir accidentes por esta causa. Debe reforzarse la señalización de límite de velocidad del tramo y añadir una señal P-15 (pavimento en mal estado) cada 1,5 km en ambos márgenes".

j) En fecha 3 de octubre de 2012, la empresa presentó nuevo escrito de solicitud de resolución del contrato por *"mutuo acuerdo de las partes"* o bien al amparo de lo establecido en el art. 105 TRLCSP, advirtiendo que *"las modificaciones del proyecto suponían un cambio de los rendimientos y por tanto un sobrecoste en la ejecución"*.

En efecto, el contratista entendía que *"los rendimientos del fresado y reposición oscilarían entre 400-500 tn por noche, lo que afectaría también al importe de seguridad y salud, pues al tardar más tiempo en hacer la obra, por menores rendimientos habría más cortes nocturnos y, por tanto, un mayor gasto; que al bajar la cantidad de asfalto extendido, subiría la repercusión del coste de la mano de obra y la maquinaria por tonelada, por lo que es discutible que no hubiesen nuevos precios; que atendiendo al cuadro resumen con la obra propuesta y con las variaciones de las unidades de la obra contratada se dejaría sin medición unidades que representan el 40,49% del importe de la obra, el importe de las unidades que se varían en la propuesta representan el 74,49% de la obra, el importe de las unidades que han sufrido una variación en su medición de más del 50% representan el 71,43%*

del importe de la obra; por lo que corresponde a lo previsto en el art. 234.2 del TRLCSP, se trataría de una modificación con introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en éste, con una variación del precio del 10%”.

Finalmente, la empresa contratista considera que *“la propuesta del Cabildo de Gran Canaria supondría una variación sustancial de las condiciones de contratación de la oferta presentada”.*

Con fecha 19 de octubre de 2012, la Consejería implicada indicó a la empresa la inexistencia de causa de resolución del contrato por mutuo acuerdo de las partes o por la causa establecida en el art. 105 TRLCSP, requiriéndola para que diese comienzo a las obras.

No obstante, la Corporación Insular entendió que podía existir una disminución de los rendimientos de la empresa por la ejecución de las obras, por lo que teniendo en cuenta la necesidad de que estas se ejecutaran en el menor tiempo posible autorizó la ejecución de los trabajos de fresado y posterior repavimentación durante toda la jornada y a sección completa.

k) Con fecha 25 de octubre de 2012, la empresa contratista presentó nuevo escrito reiterando el escrito de fecha 3 de octubre de 2012.

2. El 9 de noviembre de 2012, se acuerda por la Administración la apertura del procedimiento para la resolución del contrato por causa imputable a la empresa contratista, concediendo audiencia a la misma y a su avalista. Tras los trámites citados y la presentación de alegaciones de la empresa contratista, y los informes técnico, jurídico y de Intervención pertinentes, se solicitó, el 8 de noviembre de 2013, al Consejo Consultivo de Canarias la emisión del preceptivo dictamen sobre la resolución del contrato con oposición del contratista.

El 19/11/2013 se emite, y comunica, dictamen de inadmisión de conformidad con el informe del Letrado-Mayor de 18 de noviembre de 2013.

En resumen, el Consejo Consultivo entendió que *«no procedía tramitar la solicitud de referencia ya que no se remitió al Consejo Consultivo la Propuesta de Resolución (PR) del procedimiento de resolución contractual que ha de culminar la tramitación y con el contenido que exige el artículo 89 de la LRJAP-PAC, obviamente ajustado a la materia y caso de que se trata»; “no procedía que se recaben nuevos informes (...) y, en todo caso, de aportar nuevos datos o elementos de juicio al efecto que desconozcan los interesados, en cuyo caso y por aplicación del principio*

de contradicción y en garantía de defensa de aquellos, habría que repetir el trámite de audiencia y vista”; “antes de que por la Administración insular se acordare iniciar la resolución del contrato por causa imputable al contratista, éste había presentado solicitud de resolución por las razones expresadas, que se reiteran por cierto después, en el correspondiente escrito”; por lo que “de existir algún tipo de conexión entre la causa aducida por el contratista y la esgrimida por la Administración, ha de darse respuesta a la solicitud del contratista y responder a los argumentos de éste sobre la cuestión”; finalmente, se constató que el procedimiento resolutorio se inicia en noviembre de 2012, de manera que ha transcurrido más de un año sin haberse dictado Resolución y, por ende, está vencido largamente el plazo normativamente fijado al efecto”; por lo que “el procedimiento de resolución contractual ha caducado, resolviendo en consecuencia, sin perjuicio de que, no estando prescrita la acción resolutoria de la Administración, pueda iniciarse nuevo procedimiento al fin pretendido».

3. Con fecha 12 de diciembre de 2013, se dictó Resolución N^o 737/2013 por la que se acordó la CADUCIDAD y el archivo del procedimiento de resolución contractual del expediente de contratación denominado "10/12 CONTRATO DE OBRAS PARA LA REHABILITACIÓN DE LA GC-1 DEL p.k. 46+000 AL 50+100", así como a la apertura del nuevo procedimiento de resolución del citado contrato, con incorporación de los documentos y actuaciones obrantes en el anterior expediente caducado, con notificación de dicha Resolución a los interesados, comunicándoles asimismo la apertura de un trámite de audiencia para la presentación de las alegaciones que consideren oportunas.

4. El 19 de diciembre de 2013, la empresa contratista presenta escrito de alegaciones, mediante el que manifestó su petición de devolución del aval definitivo presentado para responder de las obligaciones derivadas de la licitación.

5. El 13 de enero de 2014, se emitió PR, notificada tanto a la empresa (20/01/2014) como al avalista (5/02/2014), habiendo presentando alegaciones únicamente la empresa (31/01/2014), oponiéndose a la resolución del contrato por incumplimiento, así como a la incautación de la garantía.

6. Emitido informe favorable por la Asesoría Jurídica y por la Intervención General de la Corporación insular (10/03/2014), se solicitó dictamen al Consejo Consultivo de Canarias con suspensión del plazo de resolución (11/03/2014), habiéndose emitido por este Consejo el Dictamen 114/2014, de 2 de abril, mediante

el que indicó que la PR no era ajustada a derecho por encontrarse el procedimiento caducado.

7. El 14 de abril de 2014, se acuerda archivar por caducidad el procedimiento incoado y la incoación de uno nuevo, lo que se comunica al Consejo Consultivo mediante escrito de 15 de abril de 2014; el 12 de mayo de 2014, se notifica al contratista y avalista informe-Propuesta de Resolución, que se confirma el 29 de mayo de 2014, recibiendo informe favorable de la Intervención General el 6 de junio de 2014 y de la SubDirección General de lo Consultivo el 3 de julio de 2014. El contratista presentó alegaciones fuera de plazo que no fueron atendidas por extemporaneidad.

III

1. Se considera necesario hacer referencia, inicialmente, a los hechos alegados por la empresa contratista en su último escrito, anterior a la nueva PR.

La misma manifestó que no se dan los requisitos para que la Administración pueda resolver el contrato por causa imputable al contratista porque no se aprecia incumplimiento del contratista al haber atendido las órdenes recibidas de la Dirección Facultativa. Además, alegó que en el presente caso ha acaecido una modificación sustancial de las condiciones del contrato superior al 10% del presupuesto acordado, por lo que ello habilitaría la resolución del contrato de forma unilateral por la empresa, lo que justificaría el retraso en el inicio de las obras, que es la causa del deterioro que ha sufrido la calzada, causa a su vez de la modificación del contrato. Además, dicha modificación, entiende el contratista, es de carácter esencial al superar los límites que el pliego y la normativa vigente admiten para llevar a cabo una modificación.

Por otra parte, alega el contratista que no procede la incautación de la garantía como pretende la Administración, porque aunque se entendiera que la causa de la resolución es imputable al mismo, la existencia de circunstancias sobrevenidas, como es el deterioro de la calzada junto con la modificación impuesta por la Administración para solventar dicho deterioro, son la causa del retraso, imputable al Cabildo de Gran Canaria.

La empresa concluye que se debían incorporar a la ejecución nuevas partidas que el contratista siempre consideró y manifestó necesarias —a través de numerosos escritos—, por lo que sería improcedente la resolución del contrato por causas

imputables al contratista, al quedar acreditado que las modificaciones planteadas eran esenciales.

2. Pues bien, conviene realizar las siguientes precisiones:

A. En cuanto a la primera alegación del contratista, de los documentos obrantes en el expediente se desprende que el órgano contratante, mediante reiterados escritos, ha acreditado que el retraso en la ejecución de la obra era plenamente imputable al contratista; por un lado, porque la empresa era la responsable de efectuar el plan de seguridad y salud oportuno; por otro, debía comparecer una vez requerida por la Administración para la firma del acta de comprobación del replanteo y dar inicio a las obras. Sin que la contrata haya atendido oportunamente los varios requerimientos efectuados, incumpliendo, pues, con sus obligaciones.

Por tanto, la intención de la Administración actuante fue en todo momento firmar lo antes posible el acta de comprobación del replanteo y proceder a la ejecución del contrato, cuyo retraso se debió a que el plan de seguridad y salud presentó errores o imprevisiones que requirieron varias modificaciones. Ahora bien, consta la reiterada negativa de la empresa contratista a ejecutar las obras, lo que se hizo visible desde el principio. Intentó el "abandono del contrato" con el inicial argumento de dilación en la firma del acta de comprobación de replanteo; posteriormente efectuó "alegaciones de tipo técnico" dirigidas a una modificación del contrato, lo cual fue rechazado expresamente por la Administración; no obstante dio facilidades para la ejecución. Además, el contratista "desobedeció lo hecho constar en el Libro de Órdenes" faltando a los elementales "principios de buena fe y de confianza recíproca", lo que tuvo un evidente efecto en la pérdida de tiempo que se encuentra en el origen de la ruina del contrato.

B. En relación a la necesaria modificación del contrato manifestada por el contratista, cabe considerar que los diversos escritos notificados por la Administración al contratista -con fechas 24 de septiembre de 2012 y 19 de octubre de 2012- indicaban que lo que procedía era realizar un "reajuste de las mediciones", adjuntando una hoja de cálculos al efecto.

El art. 234 TRLCSP viene a señalar que la supresión o reducción de unidades de obra no da derecho al contratista a reclamar indemnización alguna, al tiempo que la Administración podrá introducir variaciones sin necesidad de previa aprobación cuando éstas consistan en la *alteración en el número de unidades* realmente ejecutadas *sobre las previstas* en las mediciones del proyecto, siempre que el

importe máximo previsto *no supere el 10 por ciento* del precio primitivo del contrato y exista crédito adecuado y suficiente para su financiación, que en este supuesto no superaba dicho montante, como señaló la Administración, justificadamente, según los cálculos aludidos.

La PR debe incorporar un pronunciamiento explícito, debidamente razonado, sobre esta cuestión, máxime cuando una y otra parte utilizan magnitudes cuantitativas tan diferentes, lo que obviamente tiene consecuencias en las respectivas posiciones.

3. Se desprende del expediente que la empresa no hizo más que manifestar su voluntad de resolver el contrato desde un inicio alegando la necesaria modificación del mismo, la resistencia a iniciar la ejecución de las obras, y la desobediencia acreditada en el libro de órdenes; es decir, se ha probado la existencia de una causa resolutoria imputable exclusivamente al contratista puesto que de forma reiterada ha venido incumpliendo las órdenes e instrucciones relativas a obligaciones claras que resultaban del pliego.

De hecho, se ha probado que la Dirección de obra indicó en diversas ocasiones al contratista que debía ejecutar las señalizaciones de obra correspondiente, constatándose que la obra no se inició por razones injustificadas de la propia contrata, que por lo demás, fue requerida para ello con carácter reiterado.

Por tales razones, no procedería la resolución del contrato mediando mutuo acuerdo entre ambas partes; por otra parte las actuaciones practicadas no se desprenda que exista *interés público* que hagan necesaria o conveniente la permanencia del contrato, toda vez que el Cabildo de Gran Canaria, como titular de la carretera, debe velar por el perfecto estado de la vía, motivo éste que justificó la licitación de la ejecución de las obras y, una vez adjudicado el contrato, exigió a la empresa contratista el cumplimiento de sus obligaciones.

En efecto, según la STS de 3 de mayo de 1994 (RJ 1994/3595), "la Administración sólo deberá prestar su consentimiento a la resolución del contrato por mutuo acuerdo cuando, sin existir causa para la misma por culpa del contratista, razones de interés público u otras circunstancia de carácter excepcional, hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato". La STS de Madrid de 3 de febrero de 1998 (RJCA 1998/409) precisa que aparte de que el mutuo acuerdo "implica una concordancia de voluntades, faltando aquél cuando falta una de éstas [el mutuo acuerdo sólo procede] cuando no concorra otra causa de resolución imputable al contratista. El precepto (art. 113.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos

de las Administraciones Públicas) tiene un alcance muy definido, prohibitivo de la aplicación del mutuo acuerdo cuando existe otra causa de resolución; lo cual sólo significa que el precepto tiene un alcance meramente permisivo (no coactivo) de mutuo acuerdo en el caso de que no haya otra causa de resolución”.

Así pues, la empresa no sólo no ha llegado a demostrar la existencia de las pruebas que pretende hacer valer en contra de la Administración imputando a ésta la responsabilidad de los hechos acontecidos, sino que, por el contrario, se desprende del expediente que el contratista ha causado con su actitud un perjuicio a la Administración por el tiempo transcurrido desde la adjudicación del contrato, reiterando la empresa constantemente la imposibilidad de ejecutar la obra con una u otra excusa.

4. Se trata de una actuación del contratista sin justificación, suficientemente acreditada y por ello constituye incumplimiento culpable de una prestación esencial del contrato. En efecto, podemos concluir que resulta plenamente acreditado que el incumplimiento del plazo en la ejecución del contrato se debió exclusivamente a causas imputables al contratista y, por tanto, es de aplicación lo dispuesto en el art. 223 TRLCSP, que establece como *causas de resolución* del contrato: *“d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista (...)”* lo que ha supuesto la inobservancia total y esencial de la prestación principal.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 14 de diciembre de 2001, *«el artículo 45 de la Ley de Contratos del Estado (aplicable al caso debatido) determina que “si el contratista, por causas imputables al mismo, hubiera incurrido en demora respecto de los plazos parciales, de manera que haga presumir racionalmente la imposibilidad de cumplimiento del plazo final, o este hubiera quedado incumplido, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato con pérdida de la fianza o por la imposición de penalidades”.*

De acuerdo con la PR y conforme a lo que dispone el art. 225 TRLCSP respecto de los efectos de la resolución por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en expediente contradictorio incoado a tal efecto.

La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda de la garantía incautada; en

todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía.

Este precepto atribuye a la Administración un margen de discrecionalidad para optar bien por la resolución bien por la imposición de esas penalidades, pero como dice la Sentencia de 14 de noviembre de 2000, *“la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias”*, habiendo declarado la sentencia de 1 de octubre de 1999 que *“a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación”*.

Ciertamente, la resolución es el último remedio ante un contrato en crisis y, conforme indica la STS de 26 de marzo de 1987, existen otras alternativas de aplicación previa como es la aplicación de penalidades que, como en la resolución, sólo podrían imponerse *“cuando están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la proporcionalidad entre el plazo pactado para la ejecución de la obra (...) pues, como añade esta misma sentencia, “lo peor para todos, es una resolución del contrato y una vuelta a empezar en la selección de un nuevo contratista” (...)»*.

Siguiendo con la citada sentencia, *“la mera constatación del vencimiento del plazo contractual sin que el contratista haya cumplido satisfactoriamente sus obligaciones no determina, por sí misma e indefectiblemente, la resolución del contrato, pues habrá que ponderar, en atención a las circunstancias del caso, si el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifica la resolución y nueva apertura del procedimiento de selección de contratistas, o si, por el contrario, procede sólo la imposición de penalidades (...) no pudiendo caracterizarse este juicio de ponderación como el fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control”*.

En este caso, pues, procede la resolución del contrato en los términos en que la misma ha sido planteada, y con los efectos que asimismo se consignan.

La garantía definitiva afecta al cumplimiento por el contratista de sus obligaciones, determina su incautación como consecuencia de un procedimiento de resolución culpable del contratista [art. 100.c) TRLCSP], sin perjuicio de los daños y

perjuicios que el contratista deba indemnizar a la Administración. Estos daños y perjuicios, si los hay, deberán hacerse efectivos en primer término sobre la garantía (art. 225.3 TRLCSP), sin perjuicio de que su insuficiencia motive la exigencia del diferencial. En la PR de 9 de mayo de 2014, se señala que los daños y perjuicios ocasionados a la Administración en este caso “se han valorado en 61.898,21 euros, cantidad que se corresponde con la garantía depositada por la empresa, la cual se considera suficiente para responder de los daños y perjuicios causados por el contratista a esta Administración”. Tal coincidencia cuantitativa parece ser más bien fruto de la intención de incautar íntegramente la garantía definitiva constituida más que la consecuencia de un procedimiento razonado de concreción exacta y evaluación justificada de los daños y perjuicios efectivamente causados, lo cual, obviamente, debe tener expreso acomodo en la Resolución que se apruebe.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se estima conforme a Derecho, al concurrir la causa de resolución aducida por la Corporación insular, sin perjuicio de las observaciones formuladas en el Fundamento III.