



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 6 0 / 2 0 1 6

(Sección 2ª)

La Laguna, a 10 de marzo de 2016.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Hacienda del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato administrativos de obras para la finalización del antiguo Cuartel de San Carlos en Santa Cruz de Tenerife, suscrito el 13 de diciembre de 2013, con la empresa E.S.I., S.A. (EXP. 33/2016 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

Solicitud y caducidad.

Mediante escrito de 12 de febrero de 2016, con entrada en este Consejo en la misma fecha, la Consejera de Hacienda del Gobierno de Canarias interesa preceptivo dictamen por el procedimiento ordinario, al amparo de los arts. 11.1.D.c) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de obras consistente en la Finalización del antiguo Cuartel de San Carlos, suscrito con la empresa E.S.I., S.A., que fundamenta en la *"demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista"*, al amparo del art. 223.d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

El procedimiento resolutorio fue iniciado el 23 de julio de 2015. Por Resolución de 10 de diciembre de 2015, se declaró la caducidad del procedimiento y el archivo de actuaciones. Mediante Resolución de 17 de diciembre de 2015, se ordena el inicio de un nuevo procedimiento resolutorio, que caducaría el 17 de marzo de 2015, de conformidad con la disposición final tercera TRLCSP en relación con el art. 42.3 de la

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

Sin embargo, mediante Resolución de 10 de febrero de 2016, de la Dirección General de Patrimonio y Contratación, órgano de contratación, se suspende el plazo máximo legal para resolver y notificar la resolución del presente procedimiento. Tal acuerdo fue notificado al contratista y a los avalistas, por lo que, de conformidad con la doctrina de este Consejo, por lo que la caducidad del procedimiento incoado no tendrá lugar en la fecha prevista (17 de marzo de 2016), sin que el plazo de suspensión pueda exceder de tres meses.

II

Antecedentes.

1. El contrato que se pretende resolver fue suscrito el 13 de diciembre de 2013, al amparo del citado Texto Refundido, norma que ha de seguirse en este procedimiento resolutorio, además del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, no derogado por el antedicho Real Decreto Legislativo.

De conformidad con el art. 210 TRLCSP, "el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlo por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta". Según resulta de la Propuesta de Resolución, la Dirección General de Patrimonio y Contratación es el órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el art. 28.2.b) del Reglamento Orgánico de la Consejería de Economía y Hacienda, aprobado por el Decreto 12/2004, de 10 de febrero, y como tal tiene facultad de resolver el contrato adjudicado, por lo que el órgano citado deberá ser el que apruebe la Resolución definitiva del presente procedimiento.

No hay pues obstáculo formal a que este Consejo entre a conocer la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución al parámetro legal de aplicación.

En el expediente que acompaña a la solicitud de dictamen resulta acreditado el cumplimiento de los preceptivos trámites que deben concurrir con ocasión de la resolución de todo contrato administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 109.1 RGLCAP. Constan en el expediente los documentos acreditativos de los siguientes trámites: incoación del procedimiento resolutorio por el órgano de contratación; audiencia del contratista y de los avalistas; informe del Servicio

Jurídico; y solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo, al concurrir la oposición a la resolución por el contratista.

2. El contratista solicitó el 8 de enero de 2016 acceso al expediente y que se le confiriera “nuevo trámite de audiencia a fin de formular las alegaciones que en su caso se consideren oportunas”. El trámite de vista de expediente se realizó y el contratista tuvo la oportunidad de retirar las copias de los documentos que consideró oportuno, pero no se abrió nuevo trámite de audiencia, ni el contratista formuló nuevas alegaciones. La omisión de tal trámite en este caso, sin embargo, no causa indefensión del interesado, no solo porque pudo haber alegado y no lo hizo, sino porque ya tuvo oportunidad de alegar durante el procedimiento y no se incorporaron al expediente nuevos informes que el contratista hubiera debido conocer, por lo que no se ha causado la indefensión alegada.

En relación con los documentos obrantes en el expediente remitido, se contienen aquellos de preceptiva solicitud con ocasión de todo procedimiento de resolución contractual. Ha de señalarse, no obstante, que la Propuesta de Resolución, pormenorizada por otra parte, hace referencia a algunas actuaciones de las que sin embargo no hay constancia documental en aquel, según se explicitará posteriormente. El expediente administrativo debe integrarse de todo documento que se emita con ocasión de actuaciones y trámites pues, en caso contrario, la Propuesta de Resolución adolecería de un posible defecto de motivación. Lo que se expresa a los efectos de que tales omisiones, que por su naturaleza no son todas invalidantes pues algunas conciernen al procedimiento de liquidación de las obras, se subsanen convenientemente en aras de la integridad documental del expediente.

III

Sobre las vicisitudes producidas referentes al objeto contractual.

1. De la Propuesta de Resolución formulada, dotada pormenorizadamente de coherencia interna, adecuada motivación y expresión de todos los antecedentes necesarios, y de la documentación que sirve de apoyo a la misma, resultan los hitos del procedimiento de los que seguidamente se da cuenta.

Como antecedente remoto, ha de señalarse que las obras de referencia (Rehabilitación del edificio antiguo Cuartel de San Carlos) han sido objeto de conocimiento por este Consejo en diversas ocasiones.

El Dictamen 372/2010, de 2 de junio, de este Consejo estimó conforme a Derecho la resolución del contrato suscrito para la redacción del proyecto y dirección facultativa de tales obras. En el Dictamen 373/2010, de 2 de junio, emitido en relación con la resolución del contrato suscrito con D., S.A. para la ejecución de las antedichas obras de rehabilitación, el Consejo Consultivo no se pronunció sobre el fondo, pues estimó preciso realizar instrucción complementaria. En el Dictamen 684/2010, de 5 de octubre, culminada la antedicha instrucción, el Consejo estimó conforme a Derecho la resolución del contrato de referencia.

Resuelto el contrato, producida nueva adjudicación a la entidad E.S.I., S.A., se ha incoado procedimiento de resolución contractual que es independiente, formal y materialmente, del anteriormente tramitado.

2. Con fecha 13 de diciembre de 2013, fue suscrito contrato administrativo de obras entre la Dirección General de Patrimonio y Contratación de la Consejería de Economía, Hacienda y Seguridad del Gobierno de Canarias y la empresa E.S.I., S.A., (el contratista), al objeto de realizar los trabajos necesarios para la TERMINACION DEL ANTIGUO CUARTEL DE SAN CARLOS, en el término municipal de Santa Cruz de Tenerife. El precio del mismo es de 1.406.824,44, siendo el importe del IGIC a repercutir de 98.477,71 euros, ascendiendo, por tanto, a un presupuesto total de 1.505.302,15 euros.

Para responder del cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, el contratista depositó una garantía definitiva mediante aval del B.B.V.A. por importe de 70.341,22.

De acuerdo con la cláusula tercera del referido contrato, el plazo de ejecución es de doce meses, desde la fecha en que la Administración diera la orden de iniciación, una vez suscrita el acta de comprobación del replanteo, que tuvo lugar el día 9 de enero de 2014. Mediante Resoluciones de 23 de diciembre de 2014, 4 de marzo, 26 de marzo y 28 de abril de 2015, dicho plazo fue sucesivamente ampliado, con fundamento en la autorización de tres modificaciones contractuales, por retraso no imputable al contratista, debiendo finalizar las obras el 19 de mayo de 2015.

La aprobación de los tres modificados respecto del proyecto original determinó el depósito de garantías complementarias; la primera, con B.B.V.A.; las otras dos, con M.I.C., LTD.

3. El informe de 6 de mayo de 2015, de la Oficina Técnica, constata que la obra se encuentra retrasada y que es imposible que el contratista finalice las unidades de

obra pendientes de ejecutar o finalizar (referidas a climatización, electricidad, falsos techos, pinturas, saneamiento y acabados), en el plazo contractual (19 de mayo de 2015), entendiéndose que las causas del retraso son imputables al contratista.

Concluye dicho informe manifestando que, dadas las circunstancias de la obra (obras avanzadas y necesidad de utilización del edificio para evitar gasto en alquileres), la mejor opción es "prorrogar el plazo con imposición de penalidades, en lugar de resolver el contrato y tramitar una nueva contratación para la finalización de las obras".

El 8 de mayo de 2015, el contratista presentó alegaciones manifestando que la causa del retraso no le era imputable, sino que se debía a factores tales como "la ejecución de la estación de bombeo, retrasos en la climatización y en la demora respecto al punto de enganche del centro de transformación".

El 12 de mayo de 2015, el órgano de contratación dicta Resolución por la que se amplía en cuarenta y dos (42) días, a contar desde el 19 de mayo de 2015, el plazo de ejecución del contrato administrativo de referencia, debiendo finalizar las obras el 30 de junio de 2015, "sin perjuicio de la iniciación del correspondiente procedimiento para la imposición de penalidades".

Esta Resolución fue recurrida en alzada por el contratista, desestimándose sus pretensiones mediante Resolución de 19 de junio, de la Viceconsejería de Hacienda y Planificación, al considerarse que el procedimiento cuya Resolución se impugna no pretende determinar el tanto de culpa que corresponde al contratista, cuestión que se dilucidará en el procedimiento de "imposición de penalidades en el que se dilucide tal extremo".

Mediante informe de 1 de julio de 2015, el Director facultativo de las obras comunica que, "a pesar del aumento de plazo concedido, persiste la inexistencia de un importante contingente de partidas de obra sin ejecutar o parcialmente ejecutadas, que hacen inviable e inaceptable, técnica y administrativamente, la consideración de obra finalizada".

Añade que, visitada la obra diariamente, "a partir del 8 de junio no se está ejecutando trabajo alguno y constatando que quedan por ejecutar o finalizar las siguientes partidas: finalización instalación de climatización; remates de falsos techos; pintura interior; compartimentación contra el fuego de pasos de instalaciones; revestimiento vertical del hall principal; estación elevadora de aguas

fecales; urbanización exterior". Se precisa que "aun cuando la ejecución y terminación de tales conceptos de obra pendientes no presentan inconvenientes técnico o material alguno (...), a pesar de las órdenes emitidas por la dirección facultativa el personal existente en obra se reduce a un jefe de obra y un operario (...) reduciéndose las funciones del personal mencionado a la asistencia puntual a la oficina de obra y a la vigilancia. Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, la obra presenta a día de hoy una situación de completa paralización, sin haberse producido comunicación alguna sobre la causalidad de dicha situación".

Se concluye diciendo que "las razones por las que la obra se encuentra en una situación de paralización *de facto*, obedecen a circunstancias completamente ajenas a la viabilidad técnico-administrativa de la obra".

4. El 14 de julio de 2015, se emite informe por la Jefatura de Servicio de la Oficina Técnica en el que se da respuesta puntual a las alegaciones efectuadas por el contratista el 8 de mayo de 2015. A saber:

"Respecto a la ejecución de la estación de bombeo, este Servicio informó que el contratista aceptó y firmó el modificado nº 3, sabiendo el plazo que le daba su proveedor, con un plazo de ejecución de 20 días, y no alegó nada contra este plazo en el trámite de audiencia, por lo que habiendo dejado transcurrir dicho plazo sin tomar ninguna determinación, no podía alegar al final problemas con su suministro.

También alegó retrasos en la excavación del pozo, pero estando el edificio situado muy próximo al mar, el contratista conocía necesariamente tal dificultad, no pudiendo alegar como causa de demora la existencia de aguas de nivel freático en la excavación, máxime cuando conoce, desde el principio de la obra, los problemas de inundaciones que se están produciendo en el foso del ascensor.

En cuanto a la climatización, se informa que siendo el plazo de entrega que tenía el contratista de sus proveedores las fechas de 25 de febrero y 18 de marzo, no es justificable que habiendo pasado la fecha del plazo de los equipos de control, y un día antes del vencimiento del plazo de los climatizadores, se preocupen por el plazo, lo que denota una deficiente gestión de compras por parte del contratista.

Pero ahondando más, el 22 de abril se autorizó la modificación nº 3 del contrato, y el contratista, conociendo los escritos de sus suministradores, no propuso nuevos aumentos de plazo, aceptando en su integridad el plazo propuesto por el redactor del proyecto y la Administración.

Por último, respecto al punto de enganche del centro de transformación, se informó que las obras tenían que estar finalizadas dentro del plazo de ejecución, y esta ejecución no se ve afectada en ningún caso por las pruebas".

Se recuerda asimismo por el Servicio que tras la prórroga concedida “el contratista no solo no terminó la obra, sino que paralizó *de facto* su ejecución, por lo que no tiene sentido conceder un nuevo plazo, máxime ante la necesidad imperiosa de acabar la obra para evitar gastos de alquileres, que fueron el motivo de la ejecución de estas obras. Por la tanto, procede la resolución del contrato, para (...) finalizar las obras con otro contratista con “carácter de urgencia” pues se ha realizado una importante inversión y no se puede permitir “que lo construido se arruine”, siendo la causa de la demora “imputable al contratista”.

El citado informe procede también a valorar los daños y perjuicios ocasionados, que cifra en 174.258,19 euros.

IV

Sobre el procedimiento de resolución.

Mediante Resolución de 23 de julio de 2015, se inicia por el órgano de contratación procedimiento para la resolución del contrato por demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista. Esta Resolución fue notificada al contratista y al avalista y a la aseguradora, confiriéndoles trámite de audiencia. Transcurrido el plazo concedido, no se presentaron alegaciones por el contratista ni por el B.B.V.A., y sí por la entidad M.I.C., LTD., la cual, en fecha posterior, el 8 de septiembre, informa que el 22 de agosto se ha publicado en el BOE anuncio por el que, en cumplimiento de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se comunica que por parte del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla se ha declarado a la entidad E.S.I., S.A., en concurso de acreedores.

Por Resolución 169/2015, de 21 de octubre, se pone fin al procedimiento, declarando la resolución del contrato de referencia, por demora culpable en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, de conformidad con lo previsto en los arts. 223.d) y concordantes del Texto Refundido, ordenando la incautación de las garantías depositadas por el contratista, que quedarán retenidas hasta que se proceda a la cuantificación de los daños ocasionados.

La citada Resolución fue recurrida en reposición por M.I.C., LTD., invocando entre otros extremos la caducidad del procedimiento de la resolución contractual por el transcurso de más de tres meses entre su inicio y la notificación de la Resolución recaída en el mismo. El recurso fue estimado mediante Resolución de 10 de

diciembre de 2015, que declaró asimismo la caducidad del procedimiento con los efectos previstos en el art. 92 LRJAP-PAC (tales como el archivo de las actuaciones).

Mediante Resolución de 17 de diciembre, se ordena el inicio de nuevo procedimiento resolutorio, por demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, de conformidad con lo previsto en los arts. 223.d) y concordantes TRLCSP, disponiéndose asimismo que se procediera a redactar “la propuesta de comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, especificando las que sean de recibo, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista, así como la indemnización contemplada en el art. 225.3 TRLCSP, correspondiente a los daños y perjuicios efectivamente sufridos por la Administración contratante, con indicación expresa de si la cuantía de la citada indemnización excede o no del importe de la garantía definitiva constituida por el contratista con motivo de la adjudicación del contrato de referencia”.

Tal Resolución fue notificada al contratista, el 29 de diciembre de 2015, y a las entidades B.B.V.A., S.A. y M.I.C., LTD., el 28 de diciembre de 2015, confiriéndoles audiencia por un plazo de diez días naturales.

En el plazo concedido al efecto, M.I.C., LTD., presenta escrito, en el que, en síntesis, expone que “no procede otra actuación que la resolución del contrato por la declaración de concurso de acreedores, aplicando las consecuencias y efectos previstos en el art. 225 TRLCPS”, pues “la situación de insolvencia y posterior declaración del concurso de acreedores es precisamente la determinante de la demora en la ejecución del contrato y, por tanto, “debe ser la única causa de su resolución, con las consecuencias previstas, en lo que a las garantías hace referencia, de improcedencia (...) de su incautación que solo es procedente (...) en el supuesto de calificación del concurso de acreedores como culpable, por lo que a lo sumo, cabría su retención hasta que se proceda a la calificación del concurso”.

Añade asimismo que cualquier notificación al contratista ha debido dirigirse a la administración concursal, de acuerdo con lo establecido en el art. 50 de la Ley Concursal, por lo que el procedimiento incurre en causa de nulidad de pleno derecho, de conformidad con el art. 62.1.e) LRJAP-PAC.

Precisa asimismo que la determinación de los daños y perjuicios debe practicarse en procedimiento contradictorio tal y como establece el art. 113 RGLCAP y, por tanto, no resulta conforme a Derecho cualquier determinación unilateral.

Finalmente, además de solicitar prueba pericial (solicitando se les cite formalmente con antelación suficiente para facilitarles la documentación correspondiente y el acceso a la obra para verificar el porcentaje de obra ejecutada, correspondencia de la obra certificada y ejecutada, viabilidad el proyecto y demás circunstancias pertinentes) y documental (consistente en la remisión de la documentación correspondiente a certificaciones/facturas presentadas al cobro por la contratista y fecha de pago efectiva de las mismas), se indica que en el procedimiento que se declaró caducado se hizo constar un importe de liquidación por cuantía de 176.541,48 euros, lo que significa que por parte de la Administración no se ha cumplido con la principal obligación contractual de abordar las facturas/certificaciones, por lo que nos encontraríamos ante un supuesto de "conurrencia de responsabilidades" que haría improcedente la incautación de la garantía.

El 8 de enero de 2016, se recibe escrito del contratista en el que como única alegación manifiesta la improcedencia de ejecutar las garantías prestadas, que "solo procederá cuando la Administración acredite la existencia de unos daños y solo por el importe de dichos daños". En este caso, "la resolución anticipada del contrato no ha causado daños a la Administración, y los que eventualmente se hayan podido ocasionar deberán determinarse en un procedimiento independiente mediante resolución motivada y previa audiencia al contratista". Por otra parte, "resultan claramente injustificados y desorbitados los supuestos daños que han sido cuantificados en el informe de 14 de julio de 2015, de la Jefatura de Servicio de la Oficina Técnica (174.258,19 €), informe que además nunca ha sido remitido al contratista, con lo que se genera una clara indefensión".

En última instancia, para el caso de que finalmente se fije una indemnización a favor de la Administración, considera el contratista que debería efectuarse su cobro mediante compensación con el importe de la liquidación *de* las obras que resulte a favor del mismo, antes de acudir a la ejecución de las garantías.

Solicita, por último, que se le confiera trámite de vista y copia de los documentos que obran en el expediente, y que, una vez evacuado dicho trámite, se les confiera nuevo trámite de audiencia a fin de formular las alegaciones que en su caso se consideren oportunas.

El 14 de enero de 2016, se procede al levantamiento de la correspondiente acta de comprobación de la medición y liquidación de las obras, fase que en este momento se encuentra en tramitación.

Mediante Resolución de 27 de enero de 2016, se concede al contratista trámite de vista del expediente y se le reconoce el derecho a obtener copia de los documentos que obran en el mismo, lo que se le notifica el 3 de febrero de 2016.

Por Resolución de 29 de enero de 2016, se admite y practica prueba documental solicitada por la aseguradora M.I.C., LTD., y se deniega la práctica de prueba pericial solicitada.

El 1 de febrero de 2016, se propone al órgano de contratación la suspensión del procedimiento desde que se solicite dictamen al Consejo Consultivo hasta la recepción del mismo.

El 1 de febrero de 2016, se solicita informe preceptivo al Servicio Jurídico, el cual es emitido el 10 de febrero de 2015, conforme con la resolución instada.

El 10 de febrero de 2016, se dicta Resolución de suspensión del plazo de la obligación de resolver el procedimiento.

Con fecha 12 de febrero de 2016, se solicita el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo de Canarias.

V

1. La Propuesta de Resolución que cierra el expediente remitido a este Consejo Consultivo contiene el siguiente Resuelvo:

“Primero: Declarar resuelto el contrato administrativo de obras para la FINALIZACIÓN DEL ANTIGUO CUARTEL DE SAN CARLOS, en el término municipal de Santa Cruz de Tenerife, celebrado el 13 de diciembre de 2013 entre la Dirección General de Patrimonio y Contratación de la Consejería de Economía, Hacienda y Seguridad del Gobierno de Canarias y la empresa E.S.I., S.A., por demora culpable en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, de conformidad con lo previsto en los artículos 223.d) y concordantes del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley de Contratas del Sector Público.

Segundo: Desestimar las alegaciones del contratista y de M.I.C., LTD.

Tercero: Ordenar la incautación de las garantías depositadas por el contratista, que quedarán retenidas en tanto no se proceda a la cuantificación de los daños causados” .

2. La Propuesta de Resolución considera que concurren dos causas de resolución del contrato: la declaración *de* concurso y la demora en el cumplimiento *de* los plazos por parte del contratista, previstas ambas en las letras b) y d) del art. 223 TRLCSP.

Como señala la Propuesta de Resolución, en la legislación de contratos del sector público no existe una regulación específica sobre la concurrencia de causas de resolución en la contratación administrativa. La doctrina del Consejo de Estado ha establecido una consolidada doctrina favorable a considerar de aplicación prioritaria la causa de resolución que aparezca antes en el tiempo. En su Dictamen 47.892, *de* 4 de julio de 1985, citado por la Propuesta de Resolución, se sostiene 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” .

Así lo ha entendido también el Consejo Consultivo de Canarias, que en su Dictamen 142/2012, de 13 de marzo, 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, estas 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”. Y que “también es doctrina legal del Consejo de Estado que la resolución de un contrato no puede 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 solo cabe fundada en la primera dada su prioridad temporal” .

El Dictamen 391/2012 de este Consejo conoció un caso próximo al presente, señalando respecto de tal supuesto que:

“(…) el 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 art. 206.d) de LCSP en relación con el art. 196.3 de la misma, sin que a ello obste la declaración de concurso voluntario de la contratista porque el art. 67.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, establece que los efectos de la declaración del 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”.

En el presente caso, la primera causa resolutoria en ocurrir fue el incumplimiento del contratista. Por otra parte, la declaración de concurso no comporta la paralización y abandono *de* las obras (que fue lo que ocurrió) pudiendo el contratista adoptar una serie de medidas (tales como proponer la cesión del contrato, comunicar al órgano de contratación las dificultades por las que atravesaba, solicitar una ampliación del plazo de ejecución de los trabajos) indicativas de su voluntad de cumplir con lo pactado. Lo que no debió hacer fue decidir por sí mismo y abandonar la ejecución del contrato puesto que cuando licitó, libre y voluntariamente, se sometió al régimen legal y contractual previsto del que se ha desligado unilateralmente dando lugar a la resolución del contrato al concurrir causa eficiente para proceder a ello.

VI

1. Analizando el fondo del asunto planteado, el art. 223.d) TRLCSP establece que la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista es causa *de* resolución de los contratos administrativos.

Según tiene señalado el Consejo Consultivo de Canarias, entre otros en su Dictamen 290/2014, de 3 de septiembre de 2014, “los contratos administrativos son siempre contratos con plazo determinado (art. 212.2 TRLCSP). En ellos el plazo es un elemento de especial relevancia como pone de manifiesto el hecho de que la constitución en mora del contratista no requiera intimación previa de la Administración (art. 212.3 TRLCSP), y su incumplimiento o riesgo de incumplimiento faculta a la Administración bien para imponer penalidades al contratista, bien para resolver el contrato (art. 212.4 TRLCSP). Por ello, el art. 223.d) TRLCSP tipifica como causa de resolución la demora en el “cumplimiento del plazo”.

Ante una situación tal, el art. 212.4 TRLCSP dispone que la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere

incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, y así se contempla legalmente en la cláusula 29.2 del pliego de cláusulas administrativas que rige la contratación.

Ha de tenerse en cuenta al respecto que la imposición de penalidades es una alternativa, preferente incluso (cfr. el DCC 158/2014) a la resolución contractual. En este caso concreto, el contratista fue advertido, con ocasión de su incumplimiento inicial, de que la prórroga concedida en su momento no impedía la incoación de un procedimiento de penalidades, procedimiento del que no se tiene constancia en el expediente remitido, ni de las penalidades en su caso impuestas. Lo cierto es que, sea como advertencia o sea como resultado, la advertencia de apertura del procedimiento o la imposición de penalidades, si es que se impusieron, no lograron quebrar la resistencia del contratista a culminar la ejecución del contrato, por lo que no había otra alternativa que la resolución del mismo, sobre todo a la vista de las circunstancias de interés general que concurren en este supuesto, como después se verá.

2. Aunque el art. 100 RGLCAP dispone que el contratista deberá solicitar la prórroga del plazo de ejecución en un plazo máximo de quince días desde aquél en que se produzca la causa originaria del retraso, alegando las razones por las que estime que no le es imputable y señalando el tiempo probable de su duración, en el expediente remitido no consta que el contratista hubiera solicitado prórroga alguna, ni se hace referencia a ello en la pormenorizada Propuesta de Resolución, lo que significa que se entiende que renuncia a su derecho, quedando facultada la Administración para conceder, dentro del mes último del plazo de ejecución, la prórroga que juzgue conveniente, con imposición, si procede, de las penalidades que establece el art. 95.3 TRLCSP o, en su caso, las que se señalen en el pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo que considere más aconsejable esperar a la terminación del plazo para proceder a la resolución del contrato. Se recuerda al respecto que ya la Administración consideró conceder una prórroga, con eventual imposición de penalidades, antes que resolver el contrato, por las razones de interés general concurrentes en la obra ejecutada que hacían más conveniente la continuación del contrato con el contratista incumplidor, lo que a la postre tampoco sirvió para la debida actuación del contratista.

De los informes emitidos por la Dirección facultativa y la Oficina Técnica resulta que la obra entró en situación de "completa paralización", sin que el contratista

comunicara al órgano de contratación el concurso de alguna circunstancia justificativa, por lo que su omisión consciente determinó el retraso de la ejecución de la obra sin que hubiera circunstancia alguna que impidiera su viabilidad.

Se insiste que en su día el órgano de contratación amplió el plazo para la ejecución de las obras por interés general que, definitivamente, no se culminaron en plazo por la conducta del contratista.

Con carácter general, el transcurso del plazo señalado en el contrato no habilita por si solo a la Administración para resolver el contrato, sino que en cada caso habrán de ponderarse las circunstancias concurrentes, también la actuación del contratista, y de qué modo afectan al interés público.

En este expediente ha quedado acreditada (informe del facultativo inspector de la Dirección General de 5 de julio de 2013) la urgencia de la pronta ejecución de las obras, pues el edificio está destinado al servicio público, concretamente, a servir de dependencias administrativas a la Dirección General del Servicio Jurídico, actualmente en régimen de alquiler (en cumplimiento del Acuerdo de Gobierno, de 22 de marzo de 2013, de medidas y acciones extraordinarias para la reducción del gasto en la actividad administrativa en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias; en concreto la medida 1.A.1, sobre redistribución de espacios físicos en los inmuebles propiedad del Gobierno).

3. Respecto a los efectos de la resolución, el art. 239 TRLCSP determina que la resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista, siendo necesaria la citación de este, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición.

Además, el art. 172 RGLCAP prevé que, iniciado el expediente de resolución de un contrato cuyas obras hayan de ser continuadas por otro contratista o por la propia Administración, se preparará seguidamente la propuesta de liquidación de las mismas, que comprenderá la constatación y medición de las obras ya realizadas, especificando las que sean de recibo y fijando los saldos pertinentes en favor o en contra del contratista, especificando que la liquidación se notificará al contratista al mismo tiempo que el acuerdo de resolución.

De forma similar, el apartado 5 del art. 239 TRLCSP expone que cuando las obras hayan de ser continuadas por otro empresario o por la propia Administración, con

carácter de urgencia, por motivos de seguridad o para evitar la ruina de lo construido, el órgano de contratación, una vez que haya notificado al contratista la propuesta de liquidación de las ejecutadas, podrá acordar su continuación, sin perjuicio de que el contratista pueda impugnar la valoración efectuada ante el propio órgano, quien resolverá lo que proceda en el plazo de quince días.

Tales razones de seguridad y de evitación de la ruina de la obra constan, explícitamente, en el informe de 14 de julio de 2015, de la Jefatura de Servicio de la Oficina Técnica, obrante en las actuaciones. Según se expresa en el mismo:

“(...) la obra se puede arruinar por actos de vandalismo o robos, por la acción de las palomas y gaviotas con sus residuos, que causan un enorme deterioro en los elementos constructivos, por el ambiente marino y por la lluvia. Téngase en cuenta que las inundaciones que en 2014 causaron unos daños de más de 100.000 € en la obra, ocurrieron en el mes de octubre (...).

La maquinaria de climatización, enfriadora y climatizadores, de enorme valor material, no están conectadas, por lo que hay muchos conductos que penetran en el edificio sin una conexión adecuada, quedando en posición débil frente al ataque de humedades o para la entrada de animales. Además cada mes que transcurre, incrementa en 5.732,94 € el gasto en alquiler”.

En suma, existen circunstancias de interés general que determinan que en este caso, vista la actuación del contratista, la única solución posible para no perjudicar tal interés es la resolución del contrato, que comporta la incautación de las garantías depositadas por la contrata.

El art. 225.3 TRLCSP prevé que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados, añadiendo que la indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que en su caso se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada. En el apartado 4 del mismo artículo se establece que en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Y así lo hace la Propuesta de Resolución en el apartado tercero de su Resuelvo, al disponer que se deberá “ordenar la incautación de las garantías depositadas por el contratista, que quedarán retenidas en tanto no se proceda a la cuantificación de los daños causados”.

El art. 113 RGLCAP dispone que en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo entre otros factores al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración.

Al respecto, la doctrina mayoritaria considera que la incautación de la garantía se habrá de limitar al importe correspondiente a los daños y perjuicios causados. En este sentido, en el Dictamen 352/2013 del Consejo de Estado se expresa:

“Frente a lo dispuesto en el artículo 113.4 del derogado texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la que se preveía la incautación de la garantía definitiva como un efecto asociado automáticamente a la resolución contractual por incumplimiento de la contratista, el artículo 208.3 de la Ley 30/2007 circunscribe las consecuencias de ese tipo de resolución a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, la cual ha de hacerse primero efectiva sobre la garantía constituida, subsistiendo la responsabilidad contractual en lo que exceda de su importe. Al contrario, ello supone que, de ser superior el importe de la fianza al de los daños y perjuicios cuantificados, la Incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma remanente tras hacerse efectiva la correspondiente indemnización”.

4. La entidad avalista M.I.C., LTD. compareció al trámite de audiencia cuestionando los términos de la resolución de incoación del procedimiento resolutorio, por razones que luego desestima la Propuesta de Resolución formulada, que, por otra parte, da respuesta a todas las cuestiones planteadas por la aseguradora (art. 89.1 LRJAP-PAC) en los siguientes términos:

- En cuanto a la concurrencia de causas de resolución del contrato y a la declaración del concurso de acreedores como único motivo para resolver el contrato, cabe recordar que esta causa no fue la primera en el tiempo.

- Respecto a que las notificaciones al contratista debieron dirigirse a la administración concursal, razón por la que se alega que el procedimiento incurre en causa de nulidad de pleno derecho, cabe señalar que, según la Propuesta de Resolución, desde que se tuvo conocimiento de la declaración del concurso - la publicación en el BOE del correspondiente anuncio- se han notificado a la administración concursal no solo la existencia de los créditos de esta Administración frente al concursado, sino todos y cada uno de los actos que a su vez han sido notificados al contratista: desde la resolución del procedimiento que posteriormente fue declarado caducado, pasando por la resolución declarativa de la caducidad, hasta el inicio del nuevo procedimiento cuya resolución se dictamina y el trámite de

audiencia a los interesados en dicho procedimiento, con cita de las fechas en que tales actuaciones se produjeron, si bien no obran en el expediente remitido las notificaciones correspondientes.

Por otro lado, la Resolución de inicio del procedimiento resolutorio hace referencia a una estimación inicial (informe del Jefe de Servicio de la Oficina Técnica del órgano de contratación, que asciende a 174.258,19 €), que sirve de fundamento para que la Resolución que ponga fin al procedimiento acuerde lo que proceda en relación a las garantías. El contratista deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados, y la indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que se hubiese constituido, por lo que en su tercer apartado la Propuesta de Resolución determina: "ordenar la incautación de las garantías depositadas por el contratista, que quedarán retenidas en tanto no se proceda a la cuantificación de los daños causados".

El cálculo *de* los daños y perjuicios se practicará en procedimiento contradictorio posterior, en aplicación de lo establecido en el art. 113 RGLCSP, con audiencia a los interesados.

En relación a que en el procedimiento resolutorio que se declaró caducado se hizo constar un importe de liquidación por cuantía de 176.541,48 euros -por lo que nos encontraríamos ante un supuesto de concurrencia de responsabilidades que impediría la incautación de la garantía-, cabe señalar que la fase de liquidación es un acto obligado tras la finalización de los contratos, sea por cumplimiento o resolución, según dispone expresamente el art. 221 TRLCSP. Su finalidad esencial es abonar al contratista los saldos resultantes, en su caso. Se trata, por ello, tanto de una obligación de la Administración como un derecho del contratista para garantizar que recibe íntegramente el abono de la prestación realmente ejecutada, a fin de impedir un desequilibrio económico y el correlativo enriquecimiento injusto de alguna de las partes.

Pues bien, según la Propuesta de Resolución, de acuerdo con la información facilitada por el Sistema de información para la gestión económico-financiera y logística de la Comunidad Autónoma de Canarias, y el certificado expedido por la Dirección General del Tesoro del Gobierno de Canarias, todas y cada una de las facturas presentadas por el contratista han sido abonadas al contratista, "como a este le consta". Aunque en el expediente remitido no figura tal documento.

Finalmente, respecto de las alegaciones del contratista sobre la inexistencia de daños a la Administración y la necesidad de que los que eventualmente se hayan producido sean determinados en un procedimiento contradictorio posterior, y que para el caso de que finalmente se fije una indemnización a favor de la Administración se efectúe su cobro mediante compensación con el importe de la liquidación de las obras favorable al contratista antes de acudir a la ejecución de las garantías, se trata de alegaciones que, en efecto, no procede efectuar en este momento, puesto que aun no se encuentran cuantificados los daños y perjuicios -como resulta de la Propuesta de Resolución-, por lo que no se cumplen los requisitos de toda compensación, en particular el de la existencia de deudas vencidas, liquidas y exigibles.

5. De conformidad con lo razonado sobre la documentación e información de los apartados anteriores, la Propuesta de Resolución formulada se considera conforme a Derecho en todos sus extremos, sin perjuicio de advertir que las referidas omisiones documentales en el expediente remitido debieran subsanarse para mantener la integridad del expediente.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución del procedimiento resolutorio del contrato de obras consistente en la ejecución de las obras de finalización del antiguo cuartel de San Carlos en Santa Cruz de Tenerife se estima conforme a Derecho.