



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 4 / 2 0 1 6

(Sección 1ª)

La Laguna, a 10 de marzo de 2016.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de ejecución de las obras de la Pasarela Peatonal sobre la Carretera Insular TF-47 en el p.k. 17+400, en el Término Municipal de Guía de Isora, formalizado con la entidad E.S.I., S.A. el día 2 de diciembre de 2014 (EXP. 71/2016 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife, es la Propuesta de Resolución recaída en el procedimiento de resolución del contrato de obra denominada "Pasarela peatonal sobre la carretera insular TF-47 en el p.k. 17+400", término municipal Guía de Isora.

2. La preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Excmo. Sr. Presidente para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 211.3.a), de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP), y con el art. 109.1.d), asimismo básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

La oposición del contratista a la resolución del contrato se deduce del escrito de fecha 5 de agosto de 2015, presentado ante el Cabildo Insular de Tenerife, en el que

* Ponente: Sr. Lorenzo Tejera.

hace referencia a su situación de concurso voluntario oponiéndose a cualquier incidencia en el contrato y a su disposición para la finalización de la obra una vez superada esta situación. Mediante Acuerdo de 15 de diciembre de 2015, el Consejo de Gobierno Insular acordó declarar la caducidad del procedimiento anterior e incoar nuevo procedimiento de resolución de contrato conservando los trámites y actuaciones conforme a lo señalado en el art. 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). Esta circunstancia origina que se conserve la oposición del contratista y, por lo tanto, la preceptividad del dictamen de este Consejo Consultivo.

3. Son aplicables al caso que nos ocupa la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y los asimismo citados Texto Refundido y Reglamento General.

II

1. En la tramitación del procedimiento de resolución del contrato de obras, consta que el Consejo de Gobierno Insular, en sesión celebrada el día 21 de julio de 2015, adoptó el Acuerdo de incoar de oficio procedimiento de resolución del contrato suscrito el 2 de diciembre de 2014 con la entidad mercantil E.S.I., S.A. para la ejecución de la obra denominada "Pasarela peatonal sobre la carretera insular TF-47 en el p.k. 17+400", por las causas recogidas en el art. 223.d) TRLCSP en concordancia con el art. 32.2.f) del pliego de cláusulas administrativas particulares.

2. En fecha 17 de agosto de 2015, el Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife emite Decreto en virtud del cual se suspendía el plazo máximo legal de tres meses del que dispone la Corporación Insular para dictar y notificar el procedimiento de resolución del contrato de obra citado, por el plazo necesario para que la entidad mercantil afectada presentara la documentación pertinente, así como para la emisión de los informes técnicos y jurídicos necesarios, comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista y la posterior remisión del expediente al Consejo Consultivo de Canarias al objeto de recabar dictamen preceptivo.

3. En fecha 14 de octubre de 2015, el Sr. Presidente del citado Cabildo emite Decreto en virtud del cual levanta la suspensión del procedimiento.

4. La Propuesta de Resolución se emite en fecha 16 de octubre de 2015.

5. En fecha 29 de octubre, el Sr. Presidente del Cabildo de Tenerife solicita dictamen del Consejo Consultivo de Canarias con registro en salida del Cabildo de Tenerife y registro de entrada en este órgano consultivo en la citada fecha.

6. En fecha 16 de noviembre de 2015, el Consejo Consultivo de Canarias recibe el acuerdo adoptado por el Sr. Presidente del Cabildo de Tenerife de la suspensión del plazo para resolver desde que se solicita dictamen al Consejo Consultivo -el 29 de octubre de 2015- hasta que se reciba el mismo, y por tiempo máximo de tres meses.

7. En fecha 19 de noviembre de 2015, el Consejo Consultivo emite Dictamen 428/2015, mediante el que se consideraba que no procedía entrar a conocer el fondo del asunto, debiendo acordarse la caducidad del procedimiento y el inicio, en su caso, de nuevo procedimiento de resolución.

8. En fecha 15 de diciembre de 2015, el Consejo de Gobierno Insular acordó declarar la caducidad del procedimiento de resolución del contrato administrativo de obra denominada "Pasarela peatonal sobre la carretera insular TF-47 en el p.k. 17+400", al haber transcurrido el vencimiento del plazo máximo para resolver y notificar, sin que se hubiese dictado resolución expresa.

Mediante el citado acuerdo, se resolvió incoar de oficio el procedimiento de resolución del contrato administrativo de obra suscrito con la entidad mercantil E.S.I., S.A., el 2 de diciembre de 2014, sobre la referida obra y por las mismas causas previstas en los informes técnicos, acordando igualmente la conservación de los trámites y actuaciones practicados en el procedimiento declarado caducado.

9. Por lo demás, a la entidad afectada y demás partes interesadas se les concedió el trámite de vista y audiencia del expediente, notificado correctamente, sin que hayan presentado alegación alguna al respecto.

10. En fecha 17 de febrero de 2016, se emite la Propuesta de Resolución, de resolución del citado contrato administrativo de obra por incumplimiento culpable del contratista de los plazos parciales y total de la obra así como su posterior abandono, a tenor de lo dispuesto en el art. 223.d) TRLCSP en concordancia con el art. 32.2.f) y 32.2.b) del pliego de cláusulas administrativas particulares.

Además, acuerda incautar la garantía definitiva en metálico por importe de 12.585,45 euros, que será retenida por la Administración hasta que se cuantifique la indemnización de los citados daños y perjuicios irrogados a la Administración insular.

III

1. En nuestro Ordenamiento Jurídico, particularmente en materia de contratación con el sector público, la normativa aplicable le reconoce a la Administración una serie de potestades o prerrogativas en el ejercicio de sus funciones. Así, el art. 210 TRLCSP hace mención de la facultad que tiene la Administración para resolver los contratos y determinar los efectos de la misma, siempre que la utilización de tales potestades esté debidamente justificada en el interés general o necesidad pública, y haya sido ejercida de acuerdo con las causas y dentro de los límites que la normativa haya establecido.

2. Entrando en el fondo del asunto, concurren las causas que hacen posible que en este caso se pueda proceder a dicha resolución, pues ha quedado acreditado mediante los documentos obrantes en el expediente que el contratista ha incumplido con su parte del contrato por las causas a las que la instrucción del procedimiento se refiere, y que están previstas no solo en el pliego de cláusulas administrativas del contrato (cláusulas 26.9, 26.12 y 24) sino también en la propia ley, pues la contratista ha incurrido en demora y, consecuentemente, en incumplimiento de los plazos previstos -parciales y final, prórroga incluida- para la ejecución y entrega de la citada obra. Además, también se observa incumplimiento de la contratista en el ejercicio debido de conservación y policía sobre la obra, así como en el plan de seguridad y salud.

3. En este procedimiento 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.

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 electo, 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". Asimismo, "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".

Este Consejo, en el reciente Dictamen 60/2016, conoció un caso próximo al presente, señalando respecto de tal supuesto, con cita en el Dictamen 391/2012, 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) indicativas de su voluntad de cumplir con lo pactado. Lo que no debió hacer fue decidir por sí mismo y ralentizar hasta 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.

Sin perjuicio de que la entidad afectada haya sido declarada en concurso voluntario de acreedores, ya iniciado el procedimiento por el que se pretende la

resolución del contrato, es bien sabido que en el supuesto de que concurren varias causas de resolución del contrato debe aplicarse la primera causa que determinaría la extinción de la relación jurídica contractual, siendo en este caso la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, ya que el plazo acordado por las partes del contrato estaba señalado para el día 30 de junio de 2015, fecha en la que debía estar finalizada la obra, y que, aun habiéndose otorgado prórroga al respecto por la propia Administración implicada, fue incumplido al no ejecutarse ni entregarse la obra en el plazo acordado.

El art. 223.d) TRLCSP dispone 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".

4. Respecto a los efectos de la resolución, el art. 239.1 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.

La Propuesta de Resolución, de conformidad con los artículos anteriormente señalados, efectúa y notifica al contratista la liquidación efectuada.

5. 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”.

Asimismo, 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”.

6. En definitiva, se considera que procede resolver el contrato administrativo de obra, de 2 de diciembre de 2014, con la entidad mercantil E.S.I., S.A., C.I.F. (...) para la ejecución de la obra denominada “Pasarela peatonal sobre la carretera insular TF-

47 en el p.k. 17+400, término municipal de Guía de Isora”, por incumplimiento culpable del contratista de los plazos parciales y total de la obra así como su posterior abandono, a tenor de lo dispuesto en el art. 223.d) TRLCSP en conexión con el art. 32.2.f) y 32.2.b) del pliego de cláusulas administrativas particulares. Por ello, procede incautar la garantía definitiva en el sentido determinado en las cláusulas del contrato.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución del procedimiento resolutorio del contrato de obra denominado “Pasarela Peatonal sobre la Carretera Insular TF-47 en el p.k. 17+400” se estima conforme a Derecho.