



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 1 0 / 2 0 2 0

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 3 de diciembre de 2020.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de resolución del procedimiento administrativo de resolución del contrato administrativo de la ejecución de las obras de la Planta de Clasificación y Compostaje de la 2.ª Fase del Desarrollo del Complejo Ambiental de Zurita (EXP. 498/2020 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica del borrador de Orden del Consejero de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial por la que se acuerda la resolución del contrato administrativo de la ejecución de las obras de la planta de clasificación y compostaje de la 2.ª fase de desarrollo del Complejo Ambiental de Zurita.

2. La legitimación para la solicitud de dictamen le corresponde al referido Consejero (art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias); siendo competencia del Consejo Consultivo la emisión, con carácter preceptivo, de Dictamen en los supuestos de «*Nulidad, interpretación, modificación y resolución de los contratos administrativos en los casos previstos en la normativa general de contratación administrativa*» [art. 11.1.D, apartado c) del precitado texto legal]. El art. 191.3 a) de la Ley 9/2017, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

2014 (LCSP), vigente al tiempo de iniciarse el expediente para la resolución del contrato (3 de agosto de 2020) establece que es preceptivo el dictamen del órgano consultivo autonómico en los casos de interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista.

3. La competencia para resolver el presente expediente de resolución del contrato corresponde al Consejero de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial en virtud del art. 190 LCSP al ser el órgano de contratación que suscribió el contrato que se pretende resolver; el art. 29.1.k) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias; el art. 12 Decreto 119/2019, de 16 de julio, del Presidente, por el que se determinan el número, denominación y competencias de las Consejerías y el art. 5.1 del Decreto 137/2016, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad (BOC 242, de 16.12.2016) .

4. En lo que se refiere al régimen jurídico aplicable, en cuanto a la regulación sustantiva del contrato, es aplicable el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), por ser la norma que estaba vigente al tiempo de la adjudicación del contrato (DT1ª.2 LCSP) así como las cláusulas del pliego de cláusulas Administrativas particulares (cláusula tercera sobre el régimen jurídico aplicable) y el contrato suscrito con (...), de fecha 21 de julio de 2017.

5. En cuanto al procedimiento de resolución contractual rige el art. 212 LCSP y en lo no previsto en él, el art. 109 del RD 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), en el que se detalla el procedimiento a seguir.

Tal y como hemos señalado en multitud de dictámenes (por todos, Dictamen 320/2020, de 30 de julio, con cita de otros anteriores) las normas de procedimiento aplicables serán las vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a la resolución del contrato. Afirmación que se sustenta en lo establecido en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) [*«a) A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior»*], norma de aplicación subsidiaria a los procedimientos en materia de contratación, según establece el apartado primero de la Disposición Final Cuarta LCSP.

A la vista de lo anteriormente expuesto, y habiéndose iniciado el presente procedimiento de resolución contractual bajo la vigencia de la citada Ley 9/2017 (Disposición Final Decimosexta), es por lo que procede acudir, en primer lugar, a su art. 191, relativo al «*procedimiento de ejercicio*» de las prerrogativas de la Administración Pública en materia de contratación.

En dicho precepto se establecen como trámites preceptivos la audiencia al contratista (art. 191.1) y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva [art. 191.3, apartado a)]. Trámites éstos, que aparecen debidamente cumplimentados en el expediente administrativo que se ha remitido a este Consejo.

Por su parte, el art. 109.1 RGLCAP, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, prevé también la apertura de un trámite de audiencia al avalista cuando se propone la incautación de la garantía depositada, de lo que deberá quedar constancia en el expediente. La orden de inicio del expediente de resolución del contrato y el informe de la Jefa de Servicio de Contratación hacen constar que las entidades avalistas no realizaron alegaciones, pero no existe justificante de las notificaciones en el expediente administrativo.

Asimismo, el art. 109.1, apartado c) del precitado texto normativo, prevé la evacuación preceptiva del informe de los Servicios Jurídicos.

6. En lo que se refiere al plazo máximo para resolver el procedimiento administrativo de resolución contractual, el art. 212.8 LCSP, prevé un plazo máximo de ocho meses para instruir y resolver los expedientes de resolución contractual. Plazo que no se ha superado en el presente supuesto, al haberse incoado de oficio el actual procedimiento de resolución contractual el día 3 de agosto de 2020. El borrador de Orden del Consejero aplica erróneamente el plazo de tres meses previsto en el art. 21.3 LPACAP al expediente de resolución contractual, plazo que no es aplicable al establecer la norma específica de contratos un plazo para los expedientes de resolución contractual de ocho meses (DF4ª LCSP).

Asimismo, el órgano de contratación suspende los plazos del procedimiento de resolución contractual al amparo del art. 22 LPACAP, por Resolución de 30 de octubre de 2020, para emitir el informe del Servicio Jurídico y del Consejo Consultivo, con notificación a la entidad contratista y sus avalistas, sobre la base de considerar que el plazo para resolver del expediente de resolución contractual es de tres meses.

En cuanto a la suspensión del procedimiento acordada debemos recordar lo ya señalado en múltiples dictámenes, por todos, el Dictamen 316/2015, en el que se indicaba:

«La doctrina de este Consejo ha venido siendo clara y precisa en el extremo de no avalar la suspensión del plazo de duración durante el transcurso de tiempo previsto para la emisión del correspondiente dictamen, con la consecuencia de considerar caducado el procedimiento tramitado, con la excepción del cómputo del mes de agosto y sus efectos, como anteriormente se manifestó.

No obstante, tal regla general se puede modular “por razones de eficacia y economía”, y asumir la procedencia de la suspensión prevista en el art. 42.5.c) LRJAP-PAC en aras a los principios constitucionales de seguridad y responsabilidad, siempre que por parte de la Administración correspondiente solicitante del dictamen se cumplan los siguientes presupuestos, requisitos y condiciones:

- Que la suspensión no se aplique de forma automática y se acuerde de manera expresa.*
- Que la suspensión se motive debidamente y que la instrucción haya sido diligente.*
- Que la suspensión se notifique fehacientemente a los interesados antes del vencimiento del plazo para la resolución del procedimiento».*

Sin embargo, como hemos señalado, entre otros, en nuestros Dictámenes 304/2018, de 29 de junio y 550/2018, de 4 de diciembre, 262/2019, de 4 de julio y 374/2019, de 17 de octubre, esta doctrina, tras la entrada en vigor de la LPACAP, se ha matizado en el sentido que no cabe suspensión del plazo de caducidad, que se aplica *ope legis*. Por este motivo, este Consejo ha de recordar lo ya señalado, entre otros dictámenes, lo mantenido en los Dictámenes 410/2017, de 7 de noviembre, y 256/2018, de 1 de junio, en los que se indicaba lo siguiente: *«(...) en relación con el plazo de resolución de los procedimientos, en este caso, de resolución contractual, es reiterada la doctrina de este Organismo que, al tratarse de un plazo de caducidad, no cabe su suspensión, tal y como se ha ratificado recientemente -tras la entrada en vigor de la LPACAP, que modificó el plazo de caducidad en otros procedimientos por acuerdo del Pleno de este Consejo Consultivo en sesión celebrada el 30 de octubre de 2017. Por ello, el transcurso del plazo legalmente establecido -tres meses- producirá el señalado efecto, con la consiguiente necesidad de proceder a la declaración de caducidad y la adopción, en su caso, de un nuevo acuerdo de inicio del procedimiento revisor. Solo cabe suspender o ampliar el plazo para resolver por causas tasadas que, además, han de interpretarse restrictivamente en su aplicación, sin poderse interferir u obviar el control jurisdiccional (...)*».

No procede además, confundir el dictamen del Consejo Consultivo con un informe, incluido el que eventualmente deba emitir el Servicio Jurídico de la

Administración actuante ni, desde luego, con los informes que procede emitir en fase de instrucción del procedimiento a los fines que le son propios (DCCC 304/2013, 363/2013, 389/2013, 427/2013 y 151/2014, 139/2015, 316/2015 entre otros), determinantes del contenido de la resolución, pues este Consejo dictamina justamente la propuesta y a tales efectos, el Consejo Consultivo no es «*Administración activa*», condición a la que se anuda la efectividad del precepto invocado.

Además, tras la aprobación y entrada en vigor de la LCSP de 2017, siendo un plazo suficiente para tramitar el procedimiento de resolución contractual el de ocho meses, no hay razón objetiva que justifique tal suspensión, sin que se compadezca tampoco con la citada suspensión el hecho de que la misma haya sido acordada cinco meses antes de que caduque el expediente de resolución contractual, estando fijado, por otra parte, en tres meses el plazo máximo legal de suspensión.

Por lo expuesto, la suspensión acordada no resulta acorde con el Ordenamiento jurídico; debe pues, considerarse, que se suspendió indebidamente el procedimiento resolutorio tramitado y, en consecuencia, continúa transcurriendo el plazo de ocho meses previsto en el art. 212.8 LCSP en los términos expuestos con anterioridad.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento administrativo y que constan documentados en el expediente remitido son los siguientes:

1. Con fecha 23 de julio de 2015, la Consejería de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad del Gobierno de Canarias suscribió con la empresa (...), contrato administrativo para la ejecución de las obras de la Planta de clasificación y compostaje de la 2.^a Fase de Desarrollo del Complejo Ambiental de Zurita, por importe total de seis millones noventa y cuatro mil cincuenta y tres euros con noventa y un céntimos (6.094.053,91 €), incluido IGIC y el diez por ciento de retención adicional, y con un plazo de ejecución de doce meses a contar desde el acta de comprobación de replanteo.

2. Con fecha 22 de septiembre de 2015 se suscribe acta de comprobación de replanteo.

3. Mediante Orden Departamental n.º 163, de 24 de mayo de 2016, se toma razón de la fusión por absorción de (...) por (...), como sociedad absorbente, declarando que (...), ha quedado subrogada en los derechos y obligaciones del

contrato administrativo de la ejecución de las obras de la Planta de clasificación y compostaje de la 2.ª Fase de Desarrollo del Complejo Ambiental de Zurita.

4. Mediante Orden Departamental n.º 358, de 28/09/2016, se aprueba un reajuste de las anualidades de este expediente y el nuevo plan de obra, de acuerdo con los importes que se desglosan y se distribuyen en las anualidades 2015-2016-2017, como se indica en la orden mencionada, así como en la adenda al contrato administrativo de fecha 29 de septiembre de 2016, estableciendo como plazo final para la ejecución de las obras el 30 de abril de 2017.

5. Posteriormente, debido a la demora sufrida en el procedimiento de aprobación de la modificación del contrato, se acuerda prorrogar el plazo de ejecución de las obras hasta el 31 de agosto de 2018 mediante Orden Departamental n.º 125, de 28/04/2017.

6. Con fecha de 21 de julio de 2017, se suscribe con la empresa (...) contrato administrativo de modificación n.º 1 de las obras de la Planta de clasificación y compostaje de la 2.ª Fase de Desarrollo del Complejo Ambiental de Zurita, por importe total de seis millones setecientos dos mil cuatrocientos veintidós euros con noventa céntimos (6.702.422,90 €), incluido IGIC y el diez por ciento de retención adicional, lo que supone un incremento del presupuesto inicial del contrato de obras de seiscientos ocho mil trescientos sesenta y ocho euros con noventa y nueve céntimos (608.368,99 €), y con un plazo de ejecución hasta el 31 de agosto de 2018.

7. Mediante Orden Departamental n.º 72, de 14 de marzo de 2018, se aprueba un reajuste de las anualidades de este expediente y el nuevo plan de obra, de acuerdo con los importes que se desglosan y se distribuyen en las anualidades 2015-2016-2017-2018-2019, como se indica en la orden mencionada, así como en la adenda al contrato administrativo, de fecha 15 de marzo de 2018, estableciendo como plazo final para la ejecución de las obras el 28 de febrero de 2019.

8. Mediante Orden Departamental n.º 41, de 27 de febrero de 2019, se acuerda prorrogar el plazo de ejecución del contrato por un periodo de cuatro meses, estableciendo como plazo de finalización de las obras el 1 de julio de 2019 y se insta a la tramitación del correspondiente reajuste de anualidades, una vez se ultime la transferencia de crédito necesaria para completar el importe de la anualidad 2019. En esa misma fecha se formaliza la correspondiente Adenda de prórroga al contrato.

9. Con fecha de 15 de mayo de 2019, mediante Orden Departamental n.º 122, se aprueba un reajuste de las anualidades de este expediente y el nuevo plan de obra,

de acuerdo con los importes que se desglosan y se distribuyen en las anualidades 2015-2016-2017-2018-2019, como a continuación se indica, y se formaliza adenda al contrato administrativo en esa misma fecha, siendo el plazo final para la ejecución de las obras el 1 de julio de 2019.

10. Mediante Orden Departamental n.º 175, de 28 de junio de 2019, se acuerda la continuación de la ejecución de las obras de la Planta de clasificación y compostaje de la 2.ª Fase de Desarrollo del Complejo Ambiental de Zurita, concediendo una ampliación del plazo de ejecución hasta el 30 de noviembre de 2019, así como que se proceda, a partir de la fecha de finalización del plazo de ejecución de este contrato (1 de julio de 2019) a incoar procedimiento para la imposición de penalidades al contratista de obra, la empresa (...), por incumplimiento por causas imputables única y exclusivamente al mismo, del plazo de ejecución de este contrato, al amparo del artículo 212 del TRLCSP y la cláusula 28 del Pliego que rige esta contratación.

11. Con fecha 31 de julio de 2019, por la Jefa de Servicio de Contratación Administrativa y Administración General, a la vista de la nota de régimen interior suscrita por el Jefe de Servicio de Residuos el 25 de julio de 2019, se emite Informe-Propuesta por el que se incoa expediente de penalidades por la demora en la ejecución de las obras, a partir del día 2 de julio de 2019, al contratista, la empresa (...), hasta tanto se termina la ejecución de estas obras.

12. Otorgado trámite de audiencia al contratista y vistas las alegaciones presentadas por el mismo con fecha de 9 de agosto de 2019, el Jefe de Servicio de Residuos evacuó informe con fecha de 18 de septiembre de 2019, en el que concluye que las razones emitidas por el contratista no justifican la demora en la ejecución de estas obras ocasionada después del día 1 de julio de 2019.

13. Mediante Orden Departamental n.º 48, de 7 de octubre de 2019, se desestiman las alegaciones presentadas por la empresa (...) en el expediente de imposición de penalidades, al considerarse acreditado que el incumplimiento es por causas imputables en exclusiva al contratista, y se acuerda imponer, al amparo de lo dispuesto en el art. 212 TRLCSP y la cláusula 28 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de aplicación, penalidades al contratista de obra, la empresa (...), por incumplimiento, por causas imputables única y exclusivamente al mismo, del plazo de ejecución del contrato administrativo de las obras de la Planta de clasificación y compostaje de la 2.ª Fase de Desarrollo del Complejo Ambiental de

Zurita, por importe de ciento setenta y tres mil ciento doce euros con ochenta céntimos (173.112,80 €), calculadas a razón de 0,20 euros diarios por cada 1.000 euros del precio del contrato (1.138,90 euros), por ciento cincuenta y dos (152) días de retraso computados desde el 2 de julio hasta el 30 de noviembre de 2019, las cuales se harán efectivas mediante deducción de las certificaciones de obra, sin perjuicio de la indemnización que la Administración pueda reclamar al contratista por los daños y perjuicios que le haya ocasionado el retraso, de conformidad con el apartado 2.º del art. 99 RGLCAP, en la forma que se establece en el Resuelvo Segundo de dicha Orden.

Se encuentra en ejecución el procedimiento de imposición de penalidades, habiéndose deducido del pago de las certificaciones n.º 49 y n.º 50, de las mensualidades de septiembre y octubre de 2019 respectivamente, el importe correspondiente a las penalidades diarias desde el 2 de julio al 30 de septiembre de 2019, que equivalen a 103.639,90 €, de conformidad con lo dispuesto en la Orden Departamental n.º 48, de 7 de octubre. Asimismo, se ha deducido de la certificación n.º 50 de octubre, parte de las penalidades previstas en dicha Orden para esa mensualidad (penalidades diarias desde el 1 al 31 de octubre de 2019) por un importe hasta el disponible del pago de dicha factura, quedando pendiente el resto de las penalidades de octubre y las correspondientes al mes de noviembre.

14. Con fecha de 27 de noviembre de 2019, el Jefe de Servicio de Residuos emite Informe-Propuesta de ampliación del plazo de ejecución del contrato administrativo de la ejecución de las obras de la Planta de clasificación y compostaje de la 2.ª Fase de Desarrollo del Complejo Ambiental de Zurita, con la conformidad de la Dirección Facultativa de las obras a la solicitud presentada por la empresa contratista (...), que se acompaña de nuevo Plan de obra, en el que se informa lo siguiente:

«Con fecha 27 de noviembre de 2019, (...), en representación de la empresa contratista, (...), ha registrado un documento en el que expone las circunstancias que han llevado a (...) a no poder cumplir con el último plazo de ejecución previsto en su contrato, el 30 de noviembre de 2019, señalando que la nueva fecha estimada de finalización es el 31 de mayo de 2020.

Con relación a este asunto, la Dirección Facultativa de las Obras ha emitido informe señalando que las causas de la demora siguen siendo imputables al contratista principal, e informa favorablemente la solicitud de ampliación del plazo hasta el 31 de mayo de 2020, considerando de aplicación nuevas penalizaciones por demora en la ejecución de las obras a partir del día 30 de noviembre de 2019, salvo criterio diferente del órgano de contratación.

A la vista del informe de la Dirección Facultativa, y del conocimiento de quien suscribe como responsable técnico del contrato de obras, este Servicio propone conceder al contratista la ampliación del plazo solicitada para finalizar la ejecución de las obras, estableciendo el día 31 de mayo de 2020 como nueva fecha de finalización, procediendo en su caso la aplicación de las penalidades previstas en el Pliego.

Respecto a las penalizaciones, y de conformidad con el informe de este Servicio de fecha 22 de noviembre pasado, se propone diferir las penalidades que procedan al momento de la certificación final de las obras, sin perjuicio de que, si resultase jurídicamente viable, pudiese retenerse al contratista aquellas cantidades que se refieran a unidades de obra directamente ejecutadas por el contratista, no comprometidas mediante endoso a sus subcontratistas.

La finalización de la ejecución de las obras será comunicada formalmente por la Dirección Facultativa. A partir de ese momento, y de conformidad con el artículo 25 del Pliego del contrato (Obligaciones del Contratista), el contratista debe realizar la puesta en funcionamiento en carga de las instalaciones con los residuos urbanos cedidos por el Cabildo de Fuerteventura, durante un periodo de DOS meses.

(...)

Por otro lado, para la continuidad de esta obra en el ejercicio de 2020, en el borrador de presupuestos 2020 de esta Dirección General consta una partida de 1.000.000 euros asociada al proyecto de inversión 1207 456G 65000 156G0142 "Planta de clasificación y Compostaje de la 2ª Fase de Desarrollo del Complejo Ambiental de Zurita (Fuerteventura)".

15. Mediante Orden Departamental n.º 113, de 29 de noviembre de 2019, se incoa, al amparo de lo dispuesto en el art. 212 TRLCSP y la cláusula 28 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de aplicación, nuevo procedimiento para la imposición de penalidades al contratista de obra, la empresa (...), por incumplimiento, por causas imputables única y exclusivamente al mismo, del plazo de ejecución del contrato administrativo de las obras de la Planta de clasificación y compostaje de la 2.ª Fase de Desarrollo del Complejo Ambiental de Zurita, que se calcularán a razón de 0,20 euros diarios por cada 1000 euros del precio del contrato (1.138,90 euros), y se computarán desde el 2 de diciembre de 2019 hasta el 31 de mayo de 2020, las cuales se harán efectivas mediante deducción de las certificaciones de obra o de la certificación final y, para el caso de que fuera insuficiente, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la indemnización que la Administración pueda reclamar al contratista por los daños y perjuicios que le haya ocasionado el retraso, de conformidad con el apartado 2.º del art. 99 RGLCAP.

En la misma Orden se acuerda la continuación de la ejecución de las obras, concediendo una ampliación del plazo de ejecución del contrato hasta el 31 de mayo de 2020, quedando condicionada la tramitación del correspondiente reajuste de anualidades a la existencia de crédito adecuado y suficiente en el ejercicio presupuestario 2020.

16. Otorgado trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento, el contratista de obras y la entidad avalista, no se presentaron alegaciones dentro del plazo conferido al efecto.

17. Mediante Orden n.º 127, de 10 de diciembre de 2019, se desestima el recurso de reposición interpuesto por (...), con fecha de 8 de noviembre de 2019, contra la Orden del Consejero de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial n.º 48, de 7 de octubre de 2019, por la que se acuerda la imposición de penalidades a la empresa (...) por incumplimiento del plazo de ejecución en el contrato administrativo de la ejecución de las obras de la planta de clasificación y compostaje de la 2.ª Fase de Desarrollo del Complejo Ambiental de Zurita, relativo al archivo del expediente de imposición de penalidades por incumplimiento en el plazo de ejecución de esta obra.

Asimismo, se estima la petición subsidiaria de diferir la imposición de penalidades que resta a la aprobación de la certificación final, siempre que la ejecución de la obra prosiga a un ritmo razonable, según se informe por el responsable del contrato, atendiendo a lo dispuesto en el fundamento de derecho Octavo de dicha Orden Departamental.

18. Mediante Orden Departamental n.º 15, de 30 de enero de 2020, se acuerda imponer, al amparo de lo dispuesto en el art. 212 TRLCSP y la cláusula 28 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de aplicación, nuevas penalidades al contratista de obra, la empresa (...), por incumplimiento, por causas imputables única y exclusivamente al mismo, del plazo de ejecución del contrato administrativo de las obras de la Planta de clasificación y compostaje de la 2.ª Fase de Desarrollo del Complejo Ambiental de Zurita, por importe de doscientos siete mil doscientos setenta y nueve euros con ochenta céntimos (207.279,80 €), calculadas a razón de 0,20 euros diarios por cada 1000 euros del precio del contrato (1.138,90 euros), por ciento ochenta y dos (182) días de retraso computados desde el 2 de diciembre de 2019 hasta el 31 de mayo de 2020, las cuales se harán efectivas mediante deducción de la certificación final de la obra y, en su caso, de la garantía definitiva constituida, sin perjuicio de la indemnización que la Administración pueda reclamar al contratista

por los daños y perjuicios que le haya ocasionado el retraso, de conformidad con el apartado 2.º del art. 99 RGLCAP.

19. Mediante Orden Departamental n.º 85, de 16 de abril de 2020, se acuerda mientras esté vigente el estado de alarma, la continuación de la tramitación del reajuste de anualidades en el procedimiento administrativo núm. 17/2014 de contratación de la ejecución de las obras de la Planta de clasificación y compostaje de la 2.ª Fase de Desarrollo del Complejo Ambiental de Zurita, tramitado por la Secretaría General Técnica, por ser el mismo indispensable para la protección del interés general.

20. Mediante Orden Departamental n.º 98, de 20 de abril de 2020, se aprueba un reajuste de anualidades de este expediente y el Plan de obra presentado en noviembre de 2019, de acuerdo con los importes que se desglosan y se distribuyen en las anualidades 2015-2016-2017-2018-2019-2020, como se indica en la Orden mencionada.

21. Con fecha de 27 de abril de 2020, mediante Orden Departamental n.º 104, se acuerda la continuación de la tramitación de los procedimientos de pago derivados de los contratos de ejecución durante la vigencia del estado de alarma.

22. Se ha tramitado la certificación n.º 57 correspondiente al mes de mayo de 2020, última certificación ordinaria de este contrato, en la que se ha procedido al pago, mediante transferencia bancaria y cesión de crédito, a favor de diversas empresas, varias facturas.

23. Con fecha de 7 de julio de 2020 se remite por el Jefe de Servicio de Residuos *«Informe sobre el estado de la obra contratada con la entidad (...), y procedencia de resolución del contrato»*, como responsable del contrato, así como informe detallado de la Dirección de obras sobre el estado de las mismas. En los cuales se informa y concluye lo siguiente:

«El plazo de ejecución de las obras finalizó el pasado día 30 de mayo de 2020, sin que éstas hubiesen concluido. A efectos de conocer con detalle el estado de las obras, se requirió a la Dirección Facultativa la elaboración de un informe sobre el estado de las mismas que pudiese aportar mayor fundamento a la decisión del órgano de contratación».

24. Con fecha 3 de julio de 2020 la Dirección Facultativa de las obras registra su informe en el que, a la vista del estado de las obras y el importe pendiente de

ejecución, *«propone fundamentar la resolución del contrato en aspectos objetivos como el reflejado en el 2º párrafo del art. 28.2 del Pliego (CUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS), que establece que cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5% del precio del contrato, el órgano de contratación estará facultado para resolver el mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades, todo ello sin perjuicio de la exigencia de daños y perjuicios que el órgano de contratación entienda oportunos durante el procedimiento de la resolución, o en cualquier otro que legalmente proceda».*

También informa sobre las penalizaciones impuestas y que se han descontado los 11 días del permiso retribuido recuperable de carácter obligatorio previsto en el Real Decreto-Ley 10/2020, de 29 de marzo, entre los días 30 de marzo y 9 de abril de 2020. En total, las penalidades suman 367.864,70 euros según:

Orden n.º 48/2019, de 7 de octubre: 152 días de demora: 173.112,80 euros.

Orden n.º 15/2020, de 30 de enero: (182-11) días de demora: 194.751,90 euros

Finalmente, la Dirección Facultativa considera que *«no obstante lo anterior, el importe de las penalidades por demora en la ejecución de las obras superó el 5% del precio del contrato a partir del día 8 de marzo de 2020, lo cual constituye causa objetiva para su resolución conforme a lo establecido en la cláusula 28.2 del PCAP».*

III

En cuanto a la tramitación del presente procedimiento administrativo de resolución contractual, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. Con fecha de 3 de agosto de 2020, mediante Orden Departamental 213/2020 se ha acordado iniciar el expediente de resolución del contrato administrativo de obras del expediente n.º 17/2014 destinado a la ejecución de las obras de la Planta de clasificación y compostaje de la 2.ª Fase de Desarrollo del Complejo Ambiental de Zurita, adjudicado al licitador (...) [actualmente (...)], de conformidad con los arts. 212.5 y 223.d) TRLCSP, por demora en el cumplimiento de los plazos y del plazo total de ejecución de la obra, al haberse alcanzado y superado el 5% del valor del contrato en concepto de penalizaciones.

2. En el trámite de audiencia concedido con fecha 11 de agosto de 2020 a la Empresa (...), la empresa presenta escrito de alegaciones, en las cuales en primer término muestran su oposición a las pretensiones de la Administración derivadas de su decisión de resolver el contrato en relación a lo previsto en el art. 191.3 LCSP, en

cuanto dispone que *«será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación: a) La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista»*. También efectúa diversas alegaciones relativas a los retrasos en las obras, particularmente sobre la paralización de las mismas como consecuencia del estado de alarma y de las medidas adoptadas para la lucha contra en COVID-19, no reconociendo el retraso que se le imputa entre el 14 de marzo y el 31 de mayo de 2020. También alega que si las penalidades por demora alcanzaron con fecha anterior al de expediente de incoación del contrato un múltiplo del 5% del precio del contrato, lo que aconteció el 8 de marzo de 2020, o bien la resolución del contrato no se puede acordar hasta alcanzar de nuevo un múltiplo del 5% del precio del contrato, o bien las penalizaciones no se pueden aplicar desde esa fecha, sin que sean imputables los retrasos a la contratista durante el periodo del estado de alarma. Igualmente, solicita una revisión de precios porque considera que los retrasos se deben a causas imputables a la Administración, y, finalmente, considera que la incautación de las garantías es una medida excesiva, teniendo en cuenta la compensación de las cantidades a favor de la Administración y las cantidades a favor de la contratista.

3. En nota de régimen interior del Servicio de Residuos al Servicio de Contratación Administrativa, se remite informe de la empresa (...), sobre las alegaciones de la empresa (...).

4. El 30 de octubre de 2020 se emite informe sobre la resolución del contrato administrativo de la ejecución de las obras de la planta de clasificación y compostaje de la 2.^a fase de desarrollo del Complejo Ambiental de Zurita, por la Jefe de Servicio de Contratación Administrativa y Administración General.

5. Por Orden del Consejero de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial, de 30 de octubre de 2020 se suspende el plazo máximo legal para acordar la resolución del contrato administrativo de la ejecución de las obras de la Planta de Clasificación y Compostaje de la 2.^a fase de desarrollo del Complejo Ambiental de Zurita, lo que se pone en conocimiento del contratista y sus avalistas.

6. Se emite Borrador de Orden del Consejero de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial por la que se resuelve el

contrato administrativo de la ejecución de las obras de la planta de clasificación y compostaje de la 2.^a fase de desarrollo del Complejo Ambiental de Zurita.

7. Se emite informe por la Viceconsejería del Servicio Jurídico el 9 de noviembre de 2020, que informa favorablemente el borrador de Orden por la que se resuelve el contrato.

IV

1. El Borrador de Orden del Consejero de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial dispone:

PRIMERO.- La resolución del contrato administrativo de la ejecución de las obras de la planta de clasificación y compostaje de la 2.^a fase de desarrollo del Complejo Ambiental de Zurita, adjudicado a la empresa (...), actualmente (...), empresa que absorbió por fusión a la anterior, de conformidad con el art. 223 d) TRLCSP, por demora en el cumplimiento de los plazos e incumplimiento culpable del plazo total de ejecución de la obra.

SEGUNDO.- Acuerda la incautación de las garantías, constituidas en fechas 3 de marzo de 2016 y 20 de junio de 2017 mediante depósitos números 2016001090 y 2017002165, respectivamente, ante la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Gobierno de Canarias, por importe total de 284.724,93 euros, al objeto de responder del importe de las penalidades que restan por deducir acordadas mediante Órdenes Departamentales n.º 48 de 7 de octubre de 2019 y n.º 15 de 30 de enero de 2020 y de las indemnizaciones por daños y perjuicios que correspondan.

TERCERO.- Ordena se dicten los actos conducentes a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto aprobado, fijando los saldos pendientes a favor o en contra del contratista, así como a la cuantificación de la indemnización por daños y perjuicios que por el incumplimiento culpable del contratista proceda.

CUARTO.- Determina que procede exigir los daños y perjuicios ocasionados a la Administración en pieza separada una vez se determine el verdadero alcance de los mismos.

QUINTO.- Ordena notificar la Orden a la entidad adjudicataria (...) y a las entidades avalistas (...) y (...).

2. En primer lugar, como ya se indicó al principio, el régimen sustantivo del contrato se rige por la Ley que estaba vigente al iniciarse el expediente de

contratación, esto es, el TRLCSP, el RGLCAP en lo que no se oponga a la misma, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el contrato de 21 de julio de 2017.

Así pues, hemos de analizar este régimen jurídico para determinar si el incumplimiento de los plazos de ejecución del contrato es o no causa de resolución del mismo.

Aunque el contrato se firmó inicialmente el 23 de julio de 2015 y el acta de comprobación del replanteo el 22 de septiembre de 2015, la Administración tramitó un modificado de la obra con repercusión económica no superior al 10% del precio del contrato, lo que determinó que se firmara un nuevo contrato con (...), el 21 de julio de 2017 y comenzara a desplegar sus efectos el 31 de agosto de 2017, previendo su finalización el 31 de agosto de 2018.

El incumplimiento de los plazos permite a la Administración optar por la imposición de penalidades (Cláusula 28 del PCAP). No obstante, es también causa de resolución como se desprende con claridad de la cláusula 34 del PCAP y el art. 223.d) TRLCSP.

Por tanto, ante el incumplimiento de los plazos la Administración puede optar por resolver el contrato o imponer penalidades.

Una vez finaliza el plazo previsto en el contrato suscrito el 21 de julio de 2017 (31 de agosto de 2018), la Administración prorrogó el contrato a petición del contratista, por causas no imputables al mismo hasta el 1 de julio de 2019. A partir de esta fecha los informes de la Dirección Facultativa ponen de relieve que se empezará a exigir penalidades en caso de que se incumpla el plazo previsto de finalización de la obra.

Llegado de nuevo este plazo, ante el reiterado incumplimiento del plazo de finalización de los trabajos, la Administración abre y resuelve un primer expediente de imposición de penalidades por Orden 48/2019, de 7 de octubre, entre el 2 de julio y el 30 de noviembre de 2019. Posteriormente se abre un segundo expediente de imposición de penalidades que abarca el período 2 de diciembre de 2019 a 31 de mayo de 2020, que se resuelve por Orden 15/2020, de 30 de enero.

Finalizado este último período sin que las obras fueran finalizadas, la Administración con fecha 3 de agosto de 2010 dicta Orden de iniciación de expediente para la resolución del contrato.

Dado que se trata de una obra que afecta de manera importante al interés general, la Consejería de Transición Ecológica, Cambio Climático y Planificación Territorial del Gobierno de Canarias en principio opta por las penalizaciones como una forma de evitar los inconvenientes de iniciar una nueva licitación, con la idea de que las penalizaciones estimularan la rápida conclusión de las obras. Una vez constatado por la Administración que las penalizaciones no resuelven el problema del incumplimiento del plazo de ejecución de las obras, y que el problema de fondo es de solvencia económica de la entidad contratista, tras la finalización del segundo período de penalizaciones previsto para el 31 de mayo de 2020, se inicia expediente para la resolución del contrato el 3 de agosto de 2020.

El contratista señala que la Consejería optó por imponer penalidades por Orden de 29 de noviembre de 2019, en el período 30 de noviembre de 2019 a 31 de mayo de 2020, y dado que dentro de ese período, a partir del 8 de marzo de 2020, se superó en las penalidades el 5% del precio del contrato, si no decide la resolución del contrato en ese momento, es preciso esperar a que en el siguiente período se vuelva a superar el 5% del precio del contrato para poder optar por la resolución del mismo.

La Administración, sin embargo, sostiene que la cláusula 34 del PCAP y el art. 223.b) TRLCSP habilitan a resolver el contrato, con independencia de si se supera o no el 5% del precio del contrato en concepto de penalidades.

Dado que las penalidades superan el 5% del precio del contrato a partir del 8 de marzo de 2020, aproximadamente a la mitad del período previsto (30 de noviembre-31 de mayo), la Administración decide esperar a la finalización del período previsto (31 de mayo de 2020) y constatado que las obras no avanzan a ritmo suficiente, opta por resolver el contrato por Orden del Consejero de 3 de agosto de 2020, sobre la base de la cláusula 34 y el art. 223.b) TRLCSP.

Este Consejo considera que la Administración ha actuado conforme a Derecho, con arreglo al principio de necesidad, proporcionalidad y buena fe, ya que otorga al contratista prórroga durante diez meses para finalizar los trabajos sin penalización, y posteriormente abre hasta dos expedientes de imposición de penalidades, antes de optar por la resolución del contrato. Vemos, por tanto, que el contratista ha tenido oportunidades suficientes para ejecutar el contrato. No podemos perder de vista el interés general de la obra y que el pliego de cláusulas administrativas particulares, aceptado por el contratista, previó inicialmente doce meses para la ejecución del contrato, plazo que ha sido ampliamente superado en casi el triple de su duración inicial.

El período del estado de alarma del 14 de marzo al 31 de mayo de 2020 no es determinante para la resolución del contrato, porque los plazos venían siendo incumplidos desde mucho antes (a partir del 2 de julio de 2019) y se siguen incumpliendo tras la finalización del mismo el 1 de junio de 2020.

En consecuencia, se considera, en efecto, que existe causa para resolver el contrato por incumplimiento culpable del contratista.

3. Otra de las cuestiones que debemos analizar es, si como solicita el contratista, procede la revisión de precios, al haber excedido el contrato por causas imputables a la Administración, del período de un año a que se refiere la cláusula 8 del PCAP.

Señala la citada cláusula lo siguiente:

«8: REVISIÓN DE PRECIOS (arts. 89 y ss. TRLCSP).

Dado que el plazo de ejecución previsto, no superior al año, en la presente contratación no habrá revisión de precios».

Como consecuencia de la tramitación de un modificado por la Administración, se suscribe un nuevo contrato con (...) el 21 de julio de 2017, previéndose el comienzo de la obra el 31 de agosto de 2017, y su finalización el 31 de agosto de 2018 (los mismos 12 meses previstos inicialmente, que empiezan a contar desde el 31 de agosto de 2017).

Llegado este plazo la obra no se encuentra finalizada, concediendo la Administración prórroga a petición del contratista hasta el 1 de julio de 2019.

La demora en los plazos de ejecución se compensa por la Administración al contratista sin penalización con una prórroga de diez meses.

La cuestión a determinar, entonces, es si esa demora se tiene que compensar por la Administración económicamente al contratista mediante la revisión de precios.

La demora derivada de la tramitación del modificado n.º 1 por causa imputable a la Administración, podría estar compensada por ésta al contratista al contemplar la Administración un modificado con repercusión económica (se produce variación del precio en 608.368,99 euros) De hecho en los documentos del modificado y en los reajustes de anualidades se pactó expresamente que no habría revisión de precios. Sin embargo, a pesar de lo pactado, el contratista solicita revisión de precios.

La revisión de precios se contempla en el art. 89 TRLCSP, modificado por el art. 3.3 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, en vigor desde el 1 de abril de 2015.

Se exigen requisitos materiales y formales para que proceda la revisión de precios. Desde el punto de vista material es necesario que esté ejecutado el 20% del importe del contrato y hayan transcurrido dos años desde la formalización (1 año en la redacción inicial de la LCSP anterior a la Ley 2/2015, de 30 de marzo). Desde el punto de vista formal es preciso que se contemple en el pliego de cláusulas Administrativas particulares.

En este caso concreto, tanto el pliego de cláusulas administrativas particulares (cláusula 8.^a), como el modificado n.º 1 con repercusión económica, las órdenes de reajuste de anualidades y el contrato de 21 de julio de 2017 (cláusula 2.^a) excluyen la revisión de precios, lo que ya es suficiente para entender que no procede.

Desde el punto de vista material, el porcentaje de ejecución del contrato es superior al 20%, y es necesario que transcurran dos años desde la formalización de contrato (un año en la redacción vigente antes de la reforma de la Ley de Contratos de 2011 por la Ley 2/2015 que entró en vigor el 1 de abril de 2015, plazo de un año aplicable a este concreto expediente en virtud de la Disposición Transitoria de la Ley 2/2015, por haberse iniciado el expediente de contratación antes de su entrada en vigor). En congruencia con lo expuesto, hasta el 21 de julio de 2018, en teoría, no sería posible la revisión de precios.

A partir del 1 de julio de 2019 se empiezan a producir penalizaciones por incumplimiento de los plazos, no siendo posible revisar precios una vez que se ha producido el incumplimiento del contrato.

La cuestión dudosa sería entonces, si se pueden revisar precios durante la prórroga del contrato por causas no imputables al contratista (tampoco imputables a la Administración) entre el período 21 de julio de 2018-1 de julio de 2019.

Sobre esta cuestión, la STS de 21 de julio de 2011, recurso 110/2009, considera que la respuesta a tal cuestión ha de ser necesariamente negativa, porque la calificación de los motivos de concesión de la prórroga como no imputables al contratista lo es a los exclusivos efectos permitir a aquél que cumpla sus compromisos, porque en otro caso, si la demora en la ejecución obedeciera a causa imputable a aquél, la regla general es que la Administración puede optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias que en él se establecen. Y que esas causas se califiquen como no imputables

al contratista, no implica que la demora en el plazo de ejecución resulte por ello imputable a la Administración.

También considera la Sala la respuesta negativa a esta cuestión porque la prórroga del plazo de ejecución del contrato concedida a la contratista no supone la alteración del principio general contenido en la legislación de contratos, según el cual la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, que significa que el contratista ha de soportar las consecuencias derivadas de circunstancias no previstas en el contrato, no imputables a la Administración y que no tengan la consideración de fuerza mayor.

Igualmente, porque la revisión de precios quedó clara y tajantemente excluida en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de obra, cuyos términos y motivación fueron aceptados voluntariamente por la mercantil hoy recurrente, tanto al concurrir al concurso regido por tales pliegos de cláusulas administrativas particulares, como al suscribir el propio contrato de adjudicación de las obras.

Además, en esta misma línea ya se había pronunciado el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 1/02, de 30 de enero, que excluye la revisión de precios cuando se incumple el plazo total previsto para la ejecución del contrato.

En definitiva, en el presente caso este Consejo coincide con la jurisprudencia citada en que no procede la revisión de precios durante la prórroga del contrato, aunque la demora en la ejecución no fuera imputable al contratista, porque, en este caso concreto, tampoco es imputable tal demora a la Administración.

4. La última cuestión que plantea el contratista es considerar que no le es imputable el retraso producido durante el período del estado de alarma declarado por RD 463/2020, de 14 de marzo, como consecuencia del COVID 19.

La DA 3.ª del RD 463/2020, de 14 de marzo señalaba en su redacción original:

«1. Se suspenden términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.»

2. *La suspensión de términos y la interrupción de plazos se aplicará a todo el sector público definido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.*

3. *No obstante lo anterior, el órgano competente podrá acordar, mediante resolución motivada, las medidas de ordenación e instrucción estrictamente necesarias para evitar perjuicios graves en los derechos e intereses del interesado en el procedimiento y siempre que éste manifieste su conformidad, o cuando el interesado manifieste su conformidad con que no se suspenda el plazo.*

4. *La presente disposición no afectará a los procedimientos y resoluciones a los que hace referencia el apartado primero, cuando estos vengan referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma».*

Se modifica el apartado 4 y se añaden los apartados 5 y 6 por el art. único.4 del Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo.

«4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, desde la entrada en vigor del presente real decreto, las entidades del sector público podrán acordar motivadamente la continuación de aquellos procedimientos administrativos que vengan referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma, o que sean indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios.

5. *La suspensión de los términos y la interrupción de los plazos a que se hace referencia en el apartado 1 no será de aplicación a los procedimientos administrativos en los ámbitos de la afiliación, la liquidación y la cotización de la Seguridad Social.*

6. *La suspensión de los términos y la interrupción de los plazos administrativos a que se hace referencia en el apartado 1 no será de aplicación a los plazos tributarios, sujetos a normativa especial, ni afectará, en particular, a los plazos para la presentación de declaraciones y autoliquidaciones tributarias».*

La DA 3.^a del RD 463/2020, de 14 de marzo se deroga, con efectos de 1 de junio de 2020, por la disposición derogatoria única.2 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, y desde esa fecha, el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanudará, o se reiniciará, si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas, según determina el art. 9 del citado Real Decreto.

Por su parte, el art. 34.3 RDL 8/2020, de 17 de marzo, en vigor desde el 18 de marzo de 2020 (DF 9.^a), de carácter básico según la DF 8.^a, dispone lo siguiente:

«3. En los contratos públicos de obras, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley, que celebren las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, siempre y cuando éstos no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, y cuando esta situación genere la imposibilidad de continuar la ejecución del contrato, el contratista podrá solicitar la suspensión del mismo desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse. A estos efectos, se entenderá que la prestación puede reanudarse cuando, habiendo cesado las circunstancias o medidas que la vinieran impidiendo, el órgano de contratación notificara al contratista el fin de la suspensión.

La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista y en el plazo de cinco días naturales hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo. Con esta finalidad el contratista deberá dirigir su solicitud al órgano de contratación reflejando: las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible; el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento; y los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato.

Transcurrido el plazo indicado sin notificarse la resolución expresa al contratista, esta deberá entenderse desestimatoria.

No resultará de aplicación a las suspensiones a que se refiere el presente artículo lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 208, ni en el artículo 239 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre; ni tampoco lo dispuesto en el artículo 220, ni en el artículo 231 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

En aquellos contratos en los que, de acuerdo con el «programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra» estuviese prevista la finalización de su plazo de ejecución entre el 14 de marzo, fecha de inicio del estado de alarma, y durante el período que dure el mismo, y como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado no pueda tener lugar la entrega de la obra, el contratista podrá solicitar una prórroga en el plazo de entrega final siempre y cuando ofrezca el cumplimiento de sus compromisos pendientes si se le amplía el plazo inicial, debiendo cumplimentar la correspondiente solicitud justificativa.

Acordada la suspensión o ampliación del plazo, solo serán indemnizables los siguientes conceptos:

1.º Los gastos salariales que efectivamente abone el contratista al personal adscrito a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión.

Los gastos salariales a abonar, siguiendo el VI convenio colectivo general del sector de la construcción 2017-2021, publicado el 26 de septiembre de 2017, o convenios equivalentes pactados en otros ámbitos de la negociación colectiva, serán el salario base referido en el artículo 47.2.a del convenio colectivo del sector de la construcción, el complemento por discapacidad del artículo 47.2.b del referido convenio, y las gratificaciones extraordinarias del artículo 47.2.b, y la retribución de vacaciones, o sus conceptos equivalentes respectivos pactados en otros convenios colectivos del sector de la construcción.

Los gastos deberán corresponder al personal indicado que estuviera adscrito a la ejecución antes del 14 de marzo y continúa adscrito cuando se reanude.

2.º Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.

3.º Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido y su importe sea inferior al coste de la resolución de tales contratos de alquiler o mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos.

4.º Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

El reconocimiento del derecho a las indemnizaciones y al resarcimiento de daños y perjuicios que se contempla en este artículo únicamente tendrá lugar cuando el contratista adjudicatario principal acredite fehacientemente que se cumplen las siguientes condiciones:

- Que el contratista principal, los subcontratistas, proveedores y suministradores que hubiera contratado para la ejecución del contrato estuvieran al corriente del cumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales, a fecha 14 de marzo de 2020.

- Que el contratista principal estuviera al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de pago a sus subcontratistas y suministradores en los términos previstos en los artículos 216 y 217 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, a fecha 14 de marzo de 2020».

Asimismo, el Decreto-ley autonómico 4/2020, 2 de abril, de medidas extraordinarias de carácter económico, financieras, fiscal y administrativas para afrontar la crisis provocada por el COVID-19. (entra en vigor el 3 de abril, según DF 3.ª), establece lo siguiente:

«Artículo 6. Suspensión de la tramitación de procedimientos de contratación

1. De conformidad con la suspensión de términos y la interrupción de plazos dictada por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, respecto a los expedientes de contratación pública que se encuentren en tramitación por los órganos de contratación de la administración autonómica, previa motivación, serán aplicables las siguientes normas:

a) En aquellos expedientes que no tengan publicada su convocatoria o licitación, el órgano de contratación podrá continuar la tramitación de los actos preparatorios, avanzando hasta la resolución de aprobación del gasto, en cuyo caso los plazos de presentación de ofertas se entenderán automáticamente interrumpidos, por lo que los plazos señalados en los pliegos y/o anuncios de licitación no comenzarán a contarse hasta el momento en el que se levante la suspensión asociada a la declaración del estado de alarma.

b) En aquellos expedientes que al momento de la declaración del estado de alarma se encontrasen con la convocatoria o licitación publicada y en fase de presentación de ofertas o proposiciones, los plazos de presentación quedarán suspendidos, reanudándose al día siguiente a aquel en que finalice el estado de alarma, incluyendo sus prórrogas.

c) En aquellos otros expedientes que, finalizado el plazo conferido para la presentación de ofertas o proposiciones, se encuentren, al momento de la declaración del estado de alarma, en fase de examen y evaluación de aquellas, podrá continuarse, mediante resolución motivada, con su tramitación hasta el momento inmediato anterior a la adjudicación del contrato, en que deberán entenderse suspendidos los plazos para las actuaciones administrativas posteriores.

2. Los expedientes de contratación relacionados con situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma, o que sean indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios, no se verán afectados por las anteriores medidas de suspensión. La continuación de estos procedimientos será acordada motivadamente por el órgano de contratación."

(...)

Artículo 16. Medidas en materia de suspensión de plazos administrativos.

1. En el marco de lo establecido en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, corresponde a las personas titulares de los departamentos del Gobierno de Canarias y a las personas titulares de la presidencia o del órgano unipersonal equivalente de los entes del sector público autonómico, en el ámbito de sus competencias, mediante resolución motivada, y entre otras posibles medidas de

ordenación e instrucción, dejar sin efecto la suspensión de los plazos administrativos de los procedimientos administrativos en los casos previstos en dicho Real Decreto.

2. Asimismo, corresponde a las autoridades mencionadas en el apartado anterior decidir motivadamente la continuación o incluso el inicio de los procedimientos administrativos referidos a los hechos justificativos del estado de alarma y de aquellos que sean indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios. En estos casos, no será necesario obtener la conformidad de las personas interesadas».

Parece existir cierta antinomia o contradicción entre la DA 3.^a del RD 463/2020, de 14 de marzo, modificado por Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo y el art. 6.2 y 16 DL 4/2020, de 2 de abril en relación con el art. 34.3 RDL 8/2020, de 17 de marzo, pues en unos casos se exige una declaración motivada del órgano de contratación de que concurren razones de interés general para no aplicar la suspensión de los plazos, mientras que en el art. 34.3 RDL 8/2020, de 17 de marzo se exige que el contratista alegue y justifique ante el órgano de contratación la imposibilidad de continuar la ejecución de las obras y pedir la suspensión de las mismas.

En el presente asunto, el contratista presenta escrito ante el órgano de contratación el 1 de abril de 2020 señalando que en atención al RDL 10/2020, de 29 de marzo, reanudará los trabajos después del permiso retribuido previsto en el citado RDL entre el 30 de marzo y el 9 de abril de 2020.

Para resolver la contradicción normativa apuntada es preciso calificar el contrato de obra pública de «*interés general*» a efectos de evitar la suspensión de los plazos administrativos declarada con carácter general en la DA 3.^a del RD 463/2020, de 14 de marzo, en la redacción dada Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo y los arts. 6 y 16 del DL 4/2020, 2 de abril, de medidas extraordinarias de carácter económico, financieras, fiscal y administrativas para afrontar la crisis provocada por el COVID-19 (que entró en vigor el 3 de abril, según su DF 3.^a).

La consideración de la obra como de «*interés general*» y la resolución de las posibles dudas razonables sobre la suspensión de los plazos se despejan con las Órdenes del Consejero de 16 de abril de 2020 que ordena continuar la tramitación del reajuste de anualidades, la Orden de 20 de abril que acuerda el reajuste de anualidades y la Orden de 27 de abril de 2020 que ordena la continuación de la tramitación de los procedimientos de pago de los contratos en ejecución durante el estado de alarma, entre los que se encuentra el presente expediente.

A la vista del retraso en la calificación de la obra como de interés general, debe excluirse del cómputo de los plazos y de las penalizaciones el período comprendido entre el 14 de marzo y el 20 de abril de 2020, día en el que por Orden del Consejero se aclara que la obra no se suspende, se aprueba el reajuste de anualidades y se confirma el plan de obras acordado en noviembre de 2019.

Este período de tiempo (37 días naturales) debe excluirse de penalizaciones y añadirse a partir de la finalización del período de alarma (1 de junio de 2020) sin penalización, lo que sin embargo, no desvirtúa que exista causa para resolver el contrato, pues la obra no finaliza tampoco 37 días naturales después de concluido el estado de alarma, prolongándose el retraso en los meses posteriores a la finalización del período de alarma, dictándose la Orden de inicio del expediente de resolución del contrato el 3 de agosto de 2020.

5. En cuanto a los efectos de la resolución del contrato la cláusula 34 del PCAP especifica lo siguiente:

«Además de en los supuestos de cumplimiento, el contrato se extinguirá por su resolución, acordada por la concurrencia de alguna de las causas previstas en los art. 223 y 237 del TRLCSP dado lugar a los efectos previstos en los artículos 224 y 239 del TRLCSP...».

El art. 239 TRLCSP señala 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. Será necesaria la citación de éste, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición.

En cuanto a los efectos de la resolución contractual, este Consejo Consultivo ha mantenido de forma constante que en aquellos casos en los que se declara el incumplimiento culpable del contratista procede la incautación de la garantía definitiva prestada, sin perjuicio de que si el importe de los daños y perjuicios causados superan el montante de esta garantía, se tramite el oportuno procedimiento contradictorio para su determinación (por todos, Dictámenes 196/2015, de 21 de mayo y 363/2018, de 12 de septiembre).

Así, por su parte, el art. 225.3 TRLCSP, dispone lo siguiente:

«3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. 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.

4. 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».

El art. 100 TRLCSP señala que la garantía responde de las penalidades impuestas al contratista conforme al art. 212, de la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, de los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución y de la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en la Ley esté establecido.

El art. 212.8 TRLCSP dispone que las penalidades se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, que será inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de las mencionadas certificaciones.

El art. 99 RD 1098/2001, de 12 de octubre, dispone que los importes de las penalidades por demora se harán efectivos mediante deducción de los mismos en las certificaciones de obras o en los documentos de pago al contratista. En todo caso, la garantía responderá de la efectividad de aquéllas y que la aplicación y el pago de estas penalidades no excluye la indemnización a que la Administración pueda tener derecho por daños y perjuicios ocasionados con motivo del retraso imputable al contratista.

En congruencia con lo expuesto, en la liquidación final se deberá excluir de penalizaciones el período comprendido entre el 14 de marzo y el 20 de abril de 2020 por las razones apuntadas en el apartado anterior, concediendo al contratista, asimismo, 37 días naturales adicionales sin penalización a partir del 1 de junio de 2020.

Conforme al art. 212.4 TRLCSP las penalidades diarias a aplicar son de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato y no las previstas en la cláusula 28.2 del PCAP al dejarse de financiar la obra con fondos FEDER.

Deducidas las penalizaciones pertinentes de las certificaciones de obra, se determinará el saldo final resultante, con incautación de las garantías constituidas, y sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios causados a la Administración por el retraso, que podrá determinarse por la Administración en la misma resolución que acuerde la resolución del contrato o en pieza separada, pero siempre con audiencia al contratista (art. 113 RGLCAP).

Sobre la naturaleza de la garantía definitiva y la función que cumple ésta se ha pronunciado en numerosas ocasiones este Consejo. Así en nuestro Dictamen 153/2018, de 11 de abril, con cita del Dictamen 93/2018, de 7 de marzo, argumentábamos lo siguiente:

«5. Por último, refutado culpable el incumplimiento del contratista en los términos expuestos, en virtud del art. 225.4 TRLCSP, la consecuencia ineludible es la incautación de la garantía.

En efecto, procede la incautación de la garantía y la indemnización de daños y perjuicios establecida en el art. 225.3 y 4 TRLCSP para el caso de incumplimiento culpable del contratista.

Como hemos señalado en el reciente Dictamen 93/2018, de 7 de marzo, la fianza definitiva cumple una función mixta, como se deriva del art. 100 TRLCSP, donde se señala que la garantía responde de los siguientes conceptos:

a) las penalidades impuestas al contratista conforme al art. 212, que es, precisamente, el relativo a la ejecución defectuosa o demora.

b) daños y perjuicios.

Así, el art. 102 del referido texto legal establece, en relación con la devolución de la garantía, que no se devolverá hasta el vencimiento del plazo de garantía o hasta que se haya cumplido satisfactoriamente el contrato o hasta que se declare su resolución sin culpa del contratista, dando por supuesto, pues, que cuando media aquella culpa no procede la devolución de la fianza.

Por tanto, en cuanto al apartado a) del citado art. 100, debe entenderse que la fianza cumple una función en cierta medida de carácter punitivo, y además opera como una indemnización a tanto alzado de los daños y perjuicios difíciles de precisar o acreditar. Aunque no exista una lesión concreta, la garantía responde como una indemnización mínima a tanto alzado.

Ello, sin perjuicio de la responsabilidad derivada de daños y perjuicios estricto sensu, tal y como señala el Supremo en su Sentencia de 21 de mayo de 2002 (RJ 2002/5084), en cuyo fundamento jurídico séptimo cita las de 14 de mayo de 1988 o 21 de marzo de 1994:

“a) La STS de 14 de mayo de 1988, confirmada por la de 1 de diciembre del mismo año (RJ 1988,9752), reconoce que la incautación de la fianza constituye en nuestro Derecho una pena convencional cuya imposición no libera al contratista de la indemnización de los daños y perjuicios concretables en el incumplimiento que haya podido producir (arts. 53 de la Ley de Contratos y 160 del Reglamento General). La indemnización se produce «además» de la pérdida de la fianza, siendo así viable la vigencia de responsabilidades ‘ultra vires cauciones’, pero no excluyen el carácter restrictivo que impone la cláusula de garantía que responde en los términos de los artículos 15.2 LCE y 358.2 RGCE y no puede configurarse como cláusula penal en los términos del artículo 1153 del Código Civil.

b) La STS de 21 de marzo de 1994 (RJ 1994,2452) subraya que el artículo 53, párrafo 1º de la Ley de Contratos del Estado y art. 160, párrafo 1º de su Reglamento, establecen que cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista le será incautada la fianza y deberá el contratista, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios, pero incide en un tema de inhabilitación del contratista, ajeno a este debate”.

No obstante, si bien ha venido a entenderse que el alcance de la incautación de la fianza debe ser proporcionado a la gravedad del incumplimiento y a la exclusividad o concurrencia de culpas en el mismo, como ha señalado el Consejo de Estado en sus Dictámenes 113/2001, 201/2001 o 269/2005, entre otros, en el caso que nos ocupa no sólo se ha probado la culpa exclusiva del contratista y su absoluta falta de diligencia en el cumplimiento del contrato, sino que el plazo de cumplimiento resultaba esencial para el interés público en este contrato.

En todo caso, la determinación de los daños y perjuicios habrá de efectuarse en pieza separada, en la que debe concederse nueva audiencia al contratista, como establece el art. 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP)».

En definitiva, es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución también en cuanto a los efectos de la resolución del contrato, al hacer pronunciamiento expreso sobre la citada incautación de la garantía definitiva.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Orden del Consejero de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial por la que se acuerda la resolución del contrato administrativo de la ejecución de las obras de la planta de clasificación y compostaje de la 2.ª fase de desarrollo del Complejo Ambiental de Zurita es parcialmente conforme a Derecho, en los términos expuestos en el presente dictamen, y, en consecuencia:

1.- Existe causa para resolver el contrato por incumplimiento culpable de la contratista.

2.- No procede la revisión de precios alegada por la contratista.

3.- Procede excluir de penalizaciones el período comprendido entre el 14 de marzo y el 20 de abril de 2020 y conceder 37 días naturales adicionales sin penalización a partir del 1 de junio de 2020.

4.- Se deberá dejar constancia en el expediente de las notificaciones del trámite de audiencia al contratista y los avalistas.

5.- Es correcta la incautación de la garantía definitiva, que responderá, en este caso, tanto de las penalidades impuestas como de los daños y perjuicios causados a la Administración por el retraso en la ejecución de las obras, a determinar motivadamente estos últimos en pieza separada y con audiencia del contratista, una vez efectuada una nueva liquidación del contrato sobre la base de los criterios señalados en el presente dictamen respecto a las penalidades impuestas (con nuevo trámite de audiencia al contratista y sus avalistas).