

Expediente Núm. 255/2009
Dictamen Núm. 61/2009

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Jiménez Blanco, Pilar
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 14 de mayo de 2009, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 17 de abril de 2009, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de construcción de un consultorio local en Grandas de Salime.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución del Consejero de Salud y Servicios Sanitarios del Principado de Asturias, de fecha 31 de diciembre de 2007, se acuerda “adjudicar el contrato de obra de construcción de un consultorio local en Grandas de Salime (....) por el precio total de 847.681,50 €, IVA incluido, y un plazo de ejecución de 8 meses, a realizar conforme a las características técnicas y demás condiciones del proyecto y en el sentido expresado en la proposición

de la empresa y conforme a la asignación de medios y programación presentada por la misma”.

2. Obran incorporados al expediente diversos documentos relativos al procedimiento seguido en la adjudicación del referido contrato, entre otros, los siguientes:

a) Pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado para regir la contratación de referencia, en cuya cláusula IX.4 se establece que “la ejecución del contrato se iniciará con el acto de la comprobación del replanteo a realizar en el plazo máximo de un mes desde la fecha de formalización” del mismo. La cláusula siguiente, IX.5, impone al contratista la obligación de presentar un plan de trabajo en el que se “deberán especificar los periodos e importes de ejecución de las distintas unidades de obra”, el cual, una vez aprobado por la Administración, “se entenderá parte integrante del contrato a efectos de su exigibilidad, y su incumplimiento por el contratista podrá dar lugar al establecimiento de penalidades o a la resolución del contrato”. En la cláusula X.3, relativa a la resolución del contrato, se determina que ésta “tendrá lugar en los supuestos que se señalan en los (artículos) 111 y 149 del TRLCAP y se acordará por el órgano de contratación de oficio o a instancia del contratista mediante procedimiento en el que se garantice la audiencia a éste y con los efectos previstos en los artículos 113 y 151 del TRLCAP y 110 a 113 y 172 del RGLCAP”, y que, “además de las causas previstas legalmente (...), podrán también dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, el incumplimiento por éste de cualquier cláusula o indicación establecida con carácter preceptivo en el presente pliego o en el proyecto de la obra, que tienen carácter contractual (...). Asimismo podrán ser causa de resolución del contrato las suspensiones en la ejecución de la obra no autorizadas expresamente por la Consejería, el abandono de la obra por la empresa (...), el hecho de que, con posterioridad a la adjudicación o a la

formalización del contrato, la empresa incurra en cualquiera de las causas de prohibición para contratar con las Administraciones Públicas establecidas en la mencionada legislación". En la cláusula XIII.1 se menciona como prerrogativa del órgano de contratación, entre otras, la de acordar la resolución del contrato y determinar los efectos de ésta "dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en el TRLCAP y en el RGLCAP".

b) Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias en la reunión celebrada el día 31 de octubre de 2007, relativo a la autorización de la contratación de las obras de construcción del consultorio y del gasto correspondiente.

c) Resguardo de depósito en la Tesorería General de la Administración del Principado de Asturias de la garantía constituida por el adjudicatario, mediante contrato de seguro de caución, para responder de la "construcción de un consultorio local en Grandas de Salime", por importe de 33.907,26 €, fechado el 18 de enero de 2008.

d) Contrato suscrito con la adjudicataria de las obras el día 18 de enero de 2008 en documento administrativo.

e) Acta de comprobación de replanteo, extendida el día 30 de enero de 2008.

f) Resolución del Consejero de Salud y Servicios Sanitarios, de fecha 18 de abril de 2008, por la que se aprueba el programa de trabajo.

g) Resolución de 17 de septiembre de 2008, del Consejero de Salud y Servicios Sanitarios, por la que se autoriza "la ampliación del plazo de ejecución de las obras (...) por un periodo de dos meses, hasta el 30 de noviembre de 2008", conforme a lo señalado en el artículo 96.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, atendiendo a la solicitud formulada por el contratista el día 11 de septiembre de 2008.

h) Anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 282, de fecha 22 de noviembre de 2008, relativo a la declaración judicial del contratista en

concurso voluntario mediante Auto del Juzgado de lo Mercantil de A Coruña, de 13 de noviembre de 2008; copia de dicha resolución judicial, y escrito dirigido por los administradores concursales a la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, mediante fax transmitido el día 3 de diciembre de 2008, en el que le comunican que la empresa ha sido declarada en concurso voluntario si bien “continúa con su actividad ordinaria, ejecutando las obras públicas cuya licitación tiene adjudicadas” y manifiestan su intención de “colaborar y ayudar, dentro de los límites legales, a que dicha actividad se siga desarrollando con toda normalidad”.

i) Informe sobre el estado de las obras, elaborado el día 30 de enero de 2009 por el arquitecto director de las mismas, en el que consta que “a fecha 30 de septiembre la empresa llevaba certificados 485.996,83 € sobre los 847.681,50 € del presupuesto vigente líquido (57,33%) y en noviembre, es decir, a lo largo de los dos meses de prórroga se han ejecutado hasta 589.398,65 € (69,53%), sólo un 12,20% más./ Desde la última certificación de noviembre la obra se encuentra parada y los únicos trabajos realizados han consistido en cerrar con plásticos los huecos de las fachadas. Según se puede apreciar en las fotos que se acompañan al informe, tomadas los días 22 y 28 del presente mes, las protecciones (debido a las ráfagas anormales de vientos de la última semana) se han soltado sin que se hayan vuelto a reponer. Con el mal tiempo que estamos teniendo y la obra parada se corre el peligro de que las cargas de yeso y el pladur sufran un deterioro importante además de la humedad que en general el edificio puede estar recibiendo en cámaras y suelos”. Concluye el autor del informe, finalmente, que “a fecha 30 de noviembre y según la última certificación (...) se encontraba la obra sin ejecutar en un 30,47%”.

3. Mediante Resolución del Consejero de Salud y Servicios Sanitarios, de 3 de febrero de 2009, se acuerda iniciar el expediente de resolución contractual “por

incumplimiento del plazo de ejecución (...), ordenar a la dirección facultativa de las citadas obras la preparación de la propuesta de liquidación de las mismas” y “conceder audiencia al contratista y a la aseguradora por un plazo de 10 días naturales”. En el fundamento de derecho segundo de la citada resolución se razona, en cuanto a las causas de la resolución contractual, que, si bien lo son tanto el incumplimiento del plazo total de ejecución como la declaración de concurso, “ante la concurrencia de dos causas, debe darse carácter preferente al incumplimiento del plazo por su mayor gravedad, pues resultaría imputable al contratista en cualquier caso, circunstancia que en el segundo supuesto podría estar condicionada a un pronunciamiento judicial que, en su caso, calificase el concurso como culpable”. Asimismo, se aduce que, aunque “en ambos casos la resolución del contrato sería potestativa, conforme a los artículos 95.3, 112.2 y 7 del TRLCAP (...), encontrándose una parte sustancial de la obra pendiente de ejecución (...), y a la vista de las dificultades que atraviesa la empresa con sus subcontratistas, no parece probable que la concesión de una prórroga, con la imposición de las correspondientes penalidades, permita su conclusión (...). Prueba de ello es que las obras se encuentran paralizadas desde diciembre aunque no se haya producido la suspensión formal de su ejecución. Por tanto, una adecuada salvaguarda del interés general aconseja resolver el (...) contrato para hacer posible la conclusión de la obra mediante su adjudicación a otro empresario, de tal forma que pueda ser entregada al servicio público a que está destinada”.

Respecto a la competencia para acordar la resolución, se señala en el fundamento de derecho tercero que corresponde al “órgano de contratación (...), previa autorización del Consejo de Gobierno, dado que autorizó la celebración del mismo”.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la resolución contractual, se indica en el fundamento de derecho quinto que “de acuerdo con el artículo 113.4 del TRLCAP, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable

del contratista, éste, además de soportar la incautación de la garantía, deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada” y que la determinación de tales perjuicios, que “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 (...), deberá diferirse al momento en que se conozcan el retraso realmente sufrido y el mayor gasto, lo que supone, al menos, esperar a la adjudicación del contrato o contratos que permitan la conclusión de las obras, sin que ello impida finalizar previamente el presente procedimiento de resolución contractual”.

4. Con fecha 3 de febrero de 2009, el Secretario General Técnico de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios notifica a la aseguradora y a los administradores concursales -en este último caso mediante comunicación dirigida al domicilio de la empresa contratista- la resolución por la que se acuerda la incoación del procedimiento y la apertura del trámite de audiencia, constanding la recepción por ambos el día 9 del mismo mes.

5. El día 19 de febrero de 2009 se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones formulado en representación de la entidad aseguradora, en el que se manifiesta que “previamente a incautar dicha fianza y exigir cualquier importe a esta compañía, deben ser aplicados a los posibles daños, perjuicios y demás obligaciones de pago, todo importe que, en virtud de la obra ejecutada, adeudara la Administración contratante”, de modo que “si el resultado de (la) liquidación arroja un saldo a favor de la empresa contratista, dicho importe debe ser aplicado, en primer lugar, según se ha indicado anteriormente, no procediendo, en ningún caso, la ejecución de la garantía definitiva”.

6. El día 26 del mismo mes se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito firmado por los administradores concursales en el que exponen que la apertura del trámite de audiencia debe comunicarse a los representantes de la empresa, por entender que la administración concursal “carece de competencias para efectuar alegaciones en el expediente de referencia”. Sin perjuicio de lo anterior, expresan que, “en situación concursal, a quien compete la facultad de resolver los contratos, de forma exclusiva y excluyente, es al Juez de lo Mercantil que conoce del respectivo procedimiento concursal”.

7. Con fecha 4 de marzo de 2009, el Secretario General Técnico de la Consejería contratante traslada al representante de la empresa contratista un escrito en el que refleja, frente a las manifestaciones de la administración concursal, que “por parte de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios se entiende válidamente comunicada dicha resolución, al efectuarse en el domicilio de la empresa, a uno de sus órganos”. No obstante, adjunta al mencionado escrito una “copia compulsada del traslado dirigido en su momento (...) a la atención de los administradores concursales, así como del acuse de recibo” y le concede, “de forma graciable”, audiencia por un plazo de 10 días con ofrecimiento de vista del expediente.

8. El día 16 de marzo de 2009, el representante de la empresa adjudicataria presenta en una oficina de correos un escrito de alegaciones en el que expresa su “total y absoluta oposición a la resolución del contrato”. Tal oposición se extiende, según señala, tanto a los “motivos esgrimidos por la Administración para resolver el (...) contrato”, como a la “aplicabilidad de la concreta causa de resolución contractual esgrimida”. Considera la representación de la empresa que “lo procedente no es resolver el contrato, sino acordar la continuación (de)

su ejecución (...) hasta la completa finalización de las obras” y aduce, en apoyo de su pretensión, que la causa de resolución pretendida tiene “carácter meramente potestativo para la Administración” y que, además, la empresa “dispone de la capacidad y de la solvencia necesarias para continuar con la ejecución de las obras”. A propósito de este último extremo, refiere que la adjudicataria ha manifestado en “diversas reuniones con los responsables técnicos y políticos de esa Consejería” su “absoluta y total disponibilidad (...) para finalizar la ejecución de las obras” y se encuentra “en las condiciones necesarias para continuar con los trabajos y finalizar los mismos”, como ilustra, según expone, “el hecho de que (...) es titular de otros muchos contratos de obras suscritos con diferentes Administraciones y entidades del sector público (...) que, a pesar de la situación concursal en la que se encuentra (...), o bien han sido debidamente ejecutados (...), o bien continúan ejecutándose en la actualidad en condiciones de normalidad”. Aduce, asimismo, que “si la Administración opta por resolver el (...) contrato (...) deberá proceder a seleccionar a un nuevo contratista que finalice las obras” con el consiguiente “retraso en la terminación del consultorio” y “tardanza en la prestación del servicio público sanitario a que dicho consultorio está destinado”, y que, al contrario, dicho perjuicio “quedaría claramente atenuado si se acuerda la continuidad en la ejecución de los trabajos por mi representada”, por lo que concluye que debería otorgarse a la empresa “el plazo imprescindible para la terminación de las obras, y sin imposición de penalidades por demora en la ejecución, por cuanto ello constituye una prerrogativa que la Administración puede no ejercitar”.

Asimismo, manifiesta que “no puede hablarse en sentido estricto de la existencia de un incumplimiento culpable del contratista, y ello habida cuenta (de) que en ningún momento ha existido una voluntad deliberada y rebelde por parte de (la empresa) en orden a incumplir el plazo de ejecución de las obras, sino que dicho retraso ha venido motivado única y exclusivamente por la difícil

situación en la que se encontraba esta empresa en el momento inicial de la declaración del concurso voluntario de acreedores (...). Así, la declaración de concurso voluntario provocó que los subcontratistas de la obra abandonasen unilateralmente la ejecución de los trabajos, originando el consecuente retraso en su terminación". Indica que, ante la demora en la ejecución de los trabajos, si la empresa "no solicitó formalmente y por escrito una nueva prórroga fue porque la Administración era plenamente conocedora de la difícil situación en la que se encontraba mi representada, manteniéndose al efecto los oportunos contactos y negociaciones con el fin de continuar los trabajos, todo lo cual generó en (la empresa adjudicataria) la legítima confianza de que se nos otorgaría el plazo necesario para finalizar las obras, sin acudir a la resolución del contrato", y concluye que, "dadas las circunstancias expuestas (...), en ningún caso procedería incautar la garantía definitiva constituida por esta parte ni exigírsele una indemnización en concepto de daños y perjuicios".

Subsidiariamente, "para el hipotético supuesto de que la Consejería (...) decidiese no continuar la ejecución de las obras (...), optando por resolver el referido contrato", expresa no estar de acuerdo "con el criterio que ha llevado a la Administración a aplicar con carácter preferente la causa de resolución (...) del art. 111.e) del TRLCAP (...), por cuanto, concurriendo varias causas de resolución contractual, debe procederse a aplicar de manera preferente la que se haya producido primero en el tiempo, esto es, la que primero se haya manifestado desde un punto de vista cronológico" atendiendo, según señala, a la doctrina reiterada del Consejo de Estado que cita. En este sentido, estima que "la causa de resolución contractual que ha concurrido primero en el tiempo es precisamente la contemplada por el art. 111.b) del TRLCAP (...) y no la aplicada por la Administración", pues "el plazo máximo de ejecución de las obras (...) finalizó en fecha 30 de noviembre de 2008" y "la declaración de la situación legal de concurso voluntario (...) tuvo lugar mediante Auto de 13 de noviembre de 2008". Respecto a las consecuencias derivadas de la aplicación

de esta causa de resolución contractual, considera que “la Administración del Principado de Asturias no podría aplicar las previsiones del art. 113.4 del TRLCAP”, pues el incumplimiento culpable del contratista que las justifica “únicamente podría llegar a apreciarse en el supuesto de que el concurso fuese declarado culpable o atribuible a un ánimo fraudulento del concursado, lo cual, sin embargo, no ha acontecido en el presente supuesto”. A ello añade que, “incluso con independencia del carácter fortuito o culpable del concurso, cabría sostener que la declaración de concurso no estaría comprendida dentro de los supuestos de incumplimiento culpable, ya que una cosa es que el contratista incumpla las obligaciones del contrato, y además lo haga de forma culpable, y otra bien distinta es el estado patrimonial de insolvencia del deudor que, en algunos casos puede suponer, además, un incumplimiento del contrato, pero (en) otros muchos no, tal y como ocurre en el presente caso”.

9. Con fecha 2 de abril de 2009, el Secretario General Técnico de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios solicita del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, “con carácter facultativo”, la emisión de un informe sobre la resolución del contrato.

10. El día 6 de ese mismo mes un Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias informa “favorablemente” la resolución contractual pretendida. Sobre la causa de resolución aplicable, se señala que “aquí quizá no sea pertinente hablar de una concurrencia cronológica de causas de resolución, sino de una primera causa desechada por la propia Administración ante las garantías de cumplimiento que parecía ofrecer la empresa y una segunda causa consistente en la falta de finalización en plazo de la obra”. Estima el letrado que, no obstante, aun admitiendo “una concurrencia como punto de partida”, y puesto que ha de otorgarse “siempre una lógica primacía a la satisfacción de un bien jurídico superior, cual es el interés público lesionado”, resulta acertado

resolver el contrato al estar acreditado el incumplimiento culpable del contratista, “operando de manera automática la incautación de la garantía definitiva”. Respecto a la indemnización por los daños y perjuicios causados, precisa que aquélla “no se acumula a la cuantía de la garantía definitiva, sino que sólo serán exigibles aquellos daños que se sitúen por encima del valor de ésta”, y que “la citada indemnización comprendería los conceptos derivados del retraso de la ejecución contractual y la nueva licitación del contrato inconcluso, además de los derivados de la eventual ejecución imperfecta del contrato; cuestión que, en su caso, deberá determinarse en expediente independiente previa audiencia del contratista”.

12. Con fecha 15 de abril de 2009, el Secretario General Técnico de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios suscribe la propuesta de resolución en la que, en primer lugar, se analizan las alegaciones formuladas en el trámite de audiencia. Respecto a la competencia para resolver el contrato, que los administradores concursales atribuyen al juez que está conociendo del procedimiento concursal, se señala que “esta alegación debe rechazarse, pues ignora que el contrato (...) era un contrato administrativo (...), por lo que, de acuerdo con el artículo 67.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, los efectos de la declaración de concurso sobre el contrato se regirán por lo establecido en su legislación especial”, que “en este caso (...) es el TRLCAP”; norma en la que “la propia declaración de concurso se considera por el artículo 111.b) como causa de resolución de los contratos administrativos”.

En cuanto a los motivos de oposición de la empresa adjudicataria a la resolución contractual, y más concretamente respecto a la “conveniencia de la continuidad de las obras frente a la resolución del contrato”, se afirma que “la supuesta disponibilidad de la empresa para continuar la ejecución de las obras no se ha visto ratificada por los hechos, pues, a pesar de no haberse suspendido la ejecución (...), por lo que subsiste su obligación de llevarlas a

cabo, el contratista ni siquiera las ha reanudado (...). Por el contrario (...), el contratista pone como condición para reactivar los trabajos de ejecución de las obras que ello tenga lugar (...) concediéndole una prórroga del plazo de ejecución sin que se le impongan penalidades por ello. Esta condición es contraria al ordenamiento jurídico (...). En contra de lo que afirma el contratista (...), la imposición de penalidades por demora no es una prerrogativa que la Administración pueda no ejercitar libremente. El carácter potestativo de la decisión de la Administración se limita a la posibilidad de optar entre la resolución del contrato o la imposición de penalidades, pero no le permite consentir que el contratista incumpla de forma impune el plazo de ejecución causando un grave daño al interés general. Las prerrogativas no son un derecho subjetivo al que la Administración pueda renunciar o desistir de su ejercicio; son un poder que le concede la Ley para la defensa de los intereses generales y que tiene el deber de ejercer, siempre dentro de los límites y con arreglo al procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico (...). Por tanto, teniendo en cuenta que una parte sustancial de la obra se encuentra pendiente de ejecución y a la vista de la actitud del contratista, que no ha demostrado, a pesar del tiempo transcurrido, su capacidad o voluntad de reanudar las obras, salvo con la imposición de condiciones inaceptables para una Administración Pública, la defensa del interés general desaconseja optar por la prórroga del plazo de ejecución de las obras con imposición de las correspondientes penalidades, pues con ello no sólo no se garantiza la conclusión de las obras, sino tampoco su reanudación, dado que el contratista condiciona ésta a la exención de las penalidades. Por tanto, lo procedente es resolver el presente contrato para hacer posible la conclusión de la obra mediante su adjudicación a otro empresario, de tal forma que pueda ser entregada al servicio público sanitario a que está destinada”.

Frente a la alegación de que no ha existido por su parte una voluntad deliberada de incumplir el plazo de ejecución del contrato -incumplimiento que

achaca al abandono de los trabajos por parte de los subcontratistas-, se señala que “el que hipotéticamente no hubiera existido antes de la finalización de las obras dicha voluntad de incumplir el plazo por su parte no excluye que el incumplimiento pueda imputarse al contratista, pues el TRLCAP no exige como título de imputación el dolo. El artículo 113.4 se limita a calificar el incumplimiento como culpable y el artículo 95.3 sólo exige que el retraso se produzca por causas imputables al contratista” a lo que se añade que, conforme a lo dispuesto en el artículo 115.3 del TRLCAP, “el contratista no puede ampararse en el abandono de sus trabajos por los subcontratistas para eludir su obligación de ejecutar las obras en plazo y eximirse de una responsabilidad que la Ley califica de total”. Asimismo, afirma que “las explicaciones del contratista son incongruentes, empezando por su afirmación de que la causa exclusiva del retraso fue el abandono de los subcontratistas producido después de la declaración del concurso, que tuvo lugar el 13 de noviembre de 2008. Restaban, por tanto, 17 días para que, el 30 de noviembre de 2008, finalizase el plazo de ejecución. Sin embargo, en el informe de la dirección facultativa de 30 de enero de 2009 (...) se afirma que quedaba sin ejecutar a fecha 30 de noviembre el 30,47 por 100 de la obra, que se trata de un volumen que difícilmente hubiera podido ejecutarse en 17 días, sobre todo teniendo en cuenta que el plazo total de ejecución, tras la concesión de la prórroga, ascendía a 10 meses (...). El contratista no expone nada acerca de la concurrencia de otras causas que ayuden a explicar un retraso que tuvo que acumularse desde antes de la declaración de concurso para poder explicar el elevado porcentaje de obra no ejecutado finalmente./ Así mismo tampoco resulta fácil de comprender que, si los problemas de la obra empezaron después de la declaración del concurso, el contratista alegue ahora que no solicitó una prórroga del plazo porque se encontraba en unas supuestas negociaciones con la Administración para la continuidad de los trabajos (...). Una empresa acostumbrada a trabajar con la Administración no puede

desconocer los plazos y formalidades que deben seguirse en la petición de una prórroga del plazo de ejecución (...), y entender que unas supuestas negociaciones le liberaban de su cumplimiento (...). Por tanto, el incumplimiento del plazo de ejecución de las obras resulta imputable al contratista. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 113.4 del TRLCAP (...), además de soportar la incautación de la garantía, deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”.

En cuanto a la alegación de que debería darse carácter preferente a la causa de resolución consistente en la declaración de concurso por haberse producido antes que el incumplimiento del plazo de ejecución, tras un análisis de los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales sobre el particular, se afirma que “el automatismo de la aplicación de un criterio cronológico puede causar graves daños al interés público en la medida en que, en supuestos como el presente, la Administración se ve privada de los mecanismos que la ley pone a su disposición para reaccionar frente a un incumplimiento del contratista. Entre esos mecanismos se encuentran la incautación de la garantía definitiva y la exigencia de una indemnización de daños y perjuicios, previstas en el artículo 113.4 del TRLCAP para los casos de incumplimiento culpable del contratista. Estas medidas tienen, en primer lugar, una finalidad disuasoria para el contratista y, en segundo lugar, restitutoria para la Administración, que se ve compensada por los daños y perjuicios sufridos. Ambos efectos se pierden si el contratista puede ampararse en una causa de resolución previa imputable a él pero de la que normalmente no resultará culpable, como es la declaración de concurso (...). No cabe duda de que la elección del incumplimiento culpable permite una mejor defensa del interés público y de que se trata de una causa que se presenta con más intensidad que la declaración de concurso, porque, a diferencia de ésta, supone que ya se ha manifestado una alteración en la ejecución del contrato. Por el contrario, la facultad de resolución que se

atribuye a la Administración en caso de declaración de concurso tiene un carácter preventivo, pues esta situación no implica por sí misma que se haya producido ninguna anomalía en la ejecución del contrato". A mayor abundamiento, se añade que el criterio cronológico para la elección de la causa de resolución "no tiene un apoyo expreso en la legislación de contratos" y que, "por el contrario (...), entra en conflicto directo con el carácter potestativo que, con carácter general, el artículo 112.2 del TRLCAP atribuye al derecho a ejercitar la resolución del contrato `para aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma´". Asimismo, se aduce que "el único supuesto de concurrencia de causas de resolución que contempla expresamente el TRLCAP es el previsto en el artículo 112.4 (...). El criterio que subyace en el precepto citado es que debe darse preferencia a la causa que implique consecuencias más graves. Por tanto, en el caso de que en otros supuestos de concurrencia de causas se pretendiera limitar el carácter potestativo de la resolución, debería seguirse por analogía el mismo criterio". Por todo ello se concluye que "la defensa del interés público y el carácter potestativo de la resolución deben primar sobre la precedencia en el tiempo de las causas de resolución" y que, "en consecuencia, la resolución del contrato debe ampararse en el incumplimiento del plazo total de ejecución imputable al contratista, con las consecuencias antes expuestas".

En cuanto a las consecuencias de la resolución por dicha causa, se establece, frente a las alegaciones de la entidad aseguradora, que "de acuerdo con el antes citado artículo 113.4 del TRLCAP, la incautación de la garantía es preceptiva cuando la resolución obedezca al incumplimiento culpable del contratista, con independencia de que proceda o no la exigencia de una indemnización y sin perjuicio de que, cuando proceda ésta, se impute a la misma el importe de la garantía. En el supuesto de que el importe de la garantía no alcance a cubrir los daños y perjuicios, tendría obligación el contratista de abonar la diferencia en concepto de indemnización. Sólo en este

caso, que presupone la previa incautación de la garantía, cabría plantearse una posible compensación de deudas entre la Administración y el contratista”.

Finalmente, se propone resolver el contrato de obras de construcción del consultorio “por incumplimiento del plazo de ejecución” y “proceder a la incautación de la garantía definitiva (...), sin perjuicio de que posteriormente pudiera determinarse la indemnización que, en su caso, procediera por los daños y perjuicios ocasionados a la Administración en lo que excedieran del importe de la garantía incautada”.

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 17 de abril de 2009, registrado de entrada el día 23 del mismo mes, V. E. solicita del Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de obras de construcción de un consultorio local en Grandas de Salime, adjuntando a tal fin una copia autenticada del expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a) y 40.1, letra a) de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

En la solicitud de dictamen se requiere a este Consejo que lo emita por el procedimiento de urgencia, “de conformidad con lo previsto en el artículo 19.3 de la citada ley”. En aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, todos los trámites de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente.

SEGUNDA.- La naturaleza jurídica del contrato que examinamos es la propia de un contrato administrativo de obras, pues la prestación a la que el contratista se obliga consiste en la construcción de un bien inmueble.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado el contrato -31 de diciembre de 2007-, y teniendo en cuenta lo establecido en la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), a cuyo tenor, “Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”, su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Dentro del referido marco legal, el régimen a que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según el artículo 7.1 del TRLCAP, el contenido en el propio TRLCAP y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, al objeto de determinar la ley aplicable al procedimiento de resolución contractual

y a la competencia del órgano que debe acordarla hemos de remitirnos al momento de incoación del procedimiento resolutorio, que en este caso ha tenido lugar mediante Resolución del Consejero de Salud y Servicios Sanitarios de fecha 3 de febrero de 2009, lo que implica la aplicabilidad de la LCSP.

La normativa reguladora de la contratación pública atribuye a la Administración la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos administrativos y determinar los efectos de ésta, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados legalmente.

El ejercicio de dichas prerrogativas, a fin de garantizar no sólo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. Si se incumple el procedimiento, la imputación de la causa resolutoria pierde su legitimación, pues, como acabamos de señalar, aquella potestad sólo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley.

A tenor de lo indicado, debemos indicar que el procedimiento ha sido instruido, en lo esencial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 207 de la LCSP, que se remite a la regulación reglamentaria, y en el artículo 109.1 del RGLCAP. Esta última norma sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos: audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en caso de propuesta de oficio; audiencia, en el mismo plazo, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía, e informe del Servicio Jurídico, salvo que la causa de resolución sea la falta de constitución de la garantía definitiva o la demora en la ejecución del contrato, en cuyo caso dicho informe no será preceptivo. Finalmente, deberá solicitarse el dictamen de este Consejo Consultivo, cuando, como sucede en el presente caso, se formula oposición por parte del contratista.

En el supuesto que analizamos se cumplen sustancialmente tales requisitos, puesto que se ha dado la preceptiva audiencia a la aseguradora y a

la empresa contratista, que se opone a la resolución. Constan en el expediente, asimismo, el informe, en este caso facultativo, del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, el pliego de cláusulas administrativas aprobado para regir la contratación, el propio contrato, la documentación relativa a los compromisos adquiridos por la adjudicataria, un informe técnico sobre el estado de los trabajos una vez finalizado el plazo de ejecución de las obras, y la propuesta de resolución.

La competencia para acordar la resolución del contrato corresponde al órgano de contratación conforme a lo señalado en el artículo 194 de la LCSP, que es, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 37.1 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias, el titular de la Consejería. No obstante, antes de acordar la resolución contractual deberá recabarse la autorización del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, según dispone el artículo 109.1 del RGLCAP, y a tenor de lo establecido en el artículo 38 de la Ley 2/1995, antes citada, y en el artículo 8 de la Ley del Principado de Asturias 5/2008, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2009, dado que, por su cuantía y por comprometerse un gasto de carácter plurianual fue este órgano el que autorizó en su momento la celebración del contrato.

Por último, hemos de advertir que este Consejo Consultivo ha manifestado su criterio contrario a la aplicación supletoria de la LRJPAC en materia de caducidad en los procedimientos de resolución contractual, sosteniendo que no cabe “anudar al transcurso de un plazo de tres meses sin resolución expresa (...) la caducidad de dicho procedimiento de resolución” (Dictamen núm. 68/2008, consideración jurídica cuarta, *in fine*).

Ahora bien, a pesar de las sólidas razones que avalan esta doctrina, que comparten el Consejo de Estado, de modo constante (por todos, su reciente Dictamen 1382/2008, de 9 de octubre), otros Consejos Consultivos, y abundante jurisprudencia menor, no desconocemos que el Tribunal Supremo

(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a), en Sentencia de 13 de marzo de 2008 se ha pronunciado en sentido opuesto, afirmando en su *ratio decidendi* el criterio ya apuntado por la Sala Tercera del Alto Tribunal en sus Sentencias de 2 de octubre de 2007 y 19 de julio de 2004.

En consecuencia, este Consejo, sin perjuicio del criterio que mantenemos y de las consideraciones sobre el fondo de la consulta que realizaremos a continuación, ilustra a la autoridad consultante acerca del criterio judicial señalado, al objeto de que valore la conveniencia de incoar un nuevo procedimiento, para asegurar la eficacia de unas actuaciones administrativas orientadas a preservar el interés público en las relaciones contractuales ante eventuales impugnaciones basadas en aspectos formales o procedimentales.

TERCERA.- En relación con el fondo del asunto, hemos de subrayar, en primer lugar, que el contratista está obligado a realizar la prestación que constituye el objeto del contrato no sólo en la forma convenida sino también en el plazo establecido para ello, con arreglo a lo dispuesto en el TRLCAP, en el RGLCAP, en las cláusulas del propio contrato y, asimismo, en las de los pliegos aprobados, en su oferta, y en el plan de trabajo, que también tienen carácter contractual.

A las consecuencias de tal incumplimiento temporal se refieren los artículos 95.3 del TRLCAP, a cuyo tenor, “Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias” en la proporción legalmente establecida, y 111 de la misma norma, al que se remite el pliego de cláusulas administrativas aprobado para regir la contratación, cuando señala, en su apartado f), que es causa de resolución del contrato “La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”.

En el caso que examinamos la resolución contractual propuesta por la Administración se fundamenta en el incumplimiento por parte del contratista del plazo total de ejecución del contrato; incumplimiento que resulta acreditado en el expediente por el informe emitido por el Arquitecto Director de las Obras con fecha 30 de enero de 2009.

El contratista se opone a la resolución pretendida por considerar, en primer lugar, que el interés público demanda no la resolución sino “la continuidad en la ejecución” del contrato hasta su terminación, argumentando que la resolución contractual por demora en el plazo de ejecución tiene “carácter meramente potestativo para la Administración” lo cual, permitiría, a su juicio, la concesión del “plazo imprescindible” para la terminación de las obras, “sin imposición de penalidades por demora”.

Ante el incumplimiento del contratista, la Administración únicamente dispone de dos alternativas: forzar el cumplimiento de lo pactado mediante la imposición de penalidades o acordar la resolución del contrato. Para elegir entre una y otra, el órgano de contratación, que goza de un cierto margen de discrecionalidad, ha de tener en cuenta el interés público conectado a la ejecución de los trabajos y cuál es la medida más adecuada para satisfacerlo. En el asunto que analizamos, la Administración ha justificado en la propuesta de resolución la necesidad de resolver el contrato como único medio para asegurar la terminación de los trabajos y, con ella, la consecución de la finalidad pública a que va destinada la obra que constituye su objeto. Así lo ha fundamentado, considerando que una parte sustancial de la obra se encuentra pendiente de ejecución y que el contratista, habiendo paralizado aquéllas, no demostró su voluntad de reanudarla, salvo con la imposición de condiciones que se entienden inaceptables para una Administración pública.

De la documentación obrante en el expediente resulta indudable que se ha producido la causa de resolución contractual por incumplimiento del plazo de ejecución, ya que a 30 de noviembre de 2008, fecha final del plazo concedido

para la ejecución (prórroga incluida), restaba por ejecutarse un 30% de la obra proyectada. Además, de lo actuado en el procedimiento se desprende que la no finalización de los trabajos en el tiempo establecido únicamente puede achacarse al contratista. Éste no puede exonerar su responsabilidad aduciendo, una vez materializado el incumplimiento e iniciado el correspondiente procedimiento de resolución contractual, que la “difícil situación” en la que se encontraba la empresa “en el momento inicial de la declaración del concurso” le impedía acabar la obra, pues en aquel momento había manifestado a la Administración justamente lo contrario, es decir, su disposición y solvencia para culminar la ejecución del contrato. Tampoco puede alegar en su descargo que de su incumplimiento son responsables los subcontratistas, pues, como señala el artículo 115.3 del TRLCAP, y pone de relieve acertadamente la propuesta de resolución, aquéllos quedan obligados sólo ante el contratista principal, quien asumirá “la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración”, o que incumplía confiando en que la Administración ignoraría los compromisos contractualmente asumidos y las obligaciones legalmente establecidas y toleraría, en perjuicio del interés general, el retraso en la ejecución de los trabajos. También resulta claro que ese incumplimiento no aparece como un hecho espontáneo e imprevisible, ni para la Administración ni para el contratista, ya que el ritmo de ejecución a lo largo de la vigencia del contrato, con una prórroga ya concedida de dos meses, evidenciaba datos objetivos que hacían presumir el incumplimiento final del mismo.

Aparece en este supuesto una circunstancia adicional, cual es la declaración concursal del contratista, que también es causa de resolución conforme al art. 111.b) del TRLCAP. En este sentido, el contratista alega subsidiariamente que, de resolverse el contrato, la resolución no podría ampararse en el incumplimiento del plazo de ejecución, sino en la declaración judicial de concurso, anterior a la finalización de aquel plazo. De los datos expuestos se colige fácilmente que a la fecha de declaración del concurso (el 13

de noviembre de 2008) existían elementos más que suficientes, que hacían previsible lo que finalmente se produjo, el incumplimiento contractual.

Siendo éstas las circunstancias relativas al contrato, la cuestión que se plantea es si la declaración concursal altera el régimen obligacional de las partes y si incide en la causa resolutoria por incumplimiento hasta el punto de desplazarla. Ambas cuestiones merecen una respuesta negativa.

En efecto, el concurso no incide, de forma automática, en el contenido obligacional del contrato. Por una parte, porque, considerando la proximidad de su declaración (13 de noviembre) con la fecha de finalización del contrato (30 de noviembre), difícilmente aquél podría crear una nueva situación que alterara el devenir en el cumplimiento de un contrato a punto de finalizar. Por otra, porque la declaración concursal no libera, por sí misma, al contratista del normal cumplimiento de las obligaciones que tiene contraídas y, por tanto, nada se deriva del auto judicial que condicione la actuación del contratista en relación con la Administración.

Por otro lado, el carácter de la declaración concursal como causa resolutoria del contrato no justifica que ésta produzca un efecto desplazamiento o derogatorio de la resolución por incumplimiento contractual, porque la operatividad real de aquella causa se verifica cuando no existe éste. Para justificar esta afirmación, hemos de realizar una serie de consideraciones sobre la singular posición que ostenta la Administración frente al resto de operadores cuando contrata en régimen de derecho administrativo. Así, mientras que el legislador ha impuesto con carácter general la conservación de los compromisos contractuales en la situación de concurso en aras del mantenimiento de la continuidad empresarial -artículos 61.2 y 3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal-, aunque ello obligue a quien contrató con el concursado a asumir los consiguientes riesgos, la necesaria salvaguarda del interés general determina que la solución sea distinta cuando nos encontramos ante contratos de carácter administrativo celebrados con una Administración pública, pues la ejecución

satisfactoria del objeto de estos contratos no puede ponerse en peligro como consecuencia de la situación de crisis financiera del contratista. Así, la finalidad de la causa de resolución a que se refiere el artículo 111.b) del TRLCAP es la de precaver el riesgo de incumplimiento contractual antes de su materialización y, en este sentido, como se señala en la propuesta de resolución sometida a nuestra consideración, tal causa tendría “carácter preventivo”. Ello supone, en definitiva, una posición de privilegio de la Administración, en relación con los cocontratantes privados del concursado, que consiste en poder resolver un contrato invocando, como única causa, la declaración de concurso del contratista, sin tener que justificar su facultad resolutoria en ninguno otro de los motivos legalmente establecidos.

La necesidad de conciliar el privilegio de la Administración con la finalidad de garantizar la continuidad empresarial implica, además, que la causa resolutoria basada en el concurso no resulte imperativa para aquélla, mientras no se haya abierto la fase de liquidación. En este sentido, la legislación de contratos, a la que remite el artículo 67.1 la Ley Concursal en condición de legislación especial, faculta al órgano de contratación para ponderar los riesgos que comporta el mantenimiento del vínculo contractual en tal situación y decidir si procede acordar la resolución del contrato o bien disponer su continuación, la cual tendrá lugar, a tenor de lo señalado en el artículo 112.7 del TRLCAP, si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de la Administración para su ejecución. En nuestro caso concreto, considerando las fechas de finalización del contrato (30 de noviembre) y de la declaración del concurso (13 de noviembre), esta valoración de riesgos que permite el citado artículo 112.7 del TRLCAP resultó imposible para la Administración, por razones de hecho y de derecho, pues ni pudo realizarla materialmente durante el periodo de vigencia del contrato, ni cabía que prolongase la duración de un contrato ya finalizado sin que se hubiera tramitado, en tiempo y forma, una nueva prórroga que extendiera la duración de aquél más allá del 30 de noviembre.

Considerando los datos mencionados, el concurso no ha podido tener incidencia como causa de resolución valorable por la Administración. Es más, partiendo de su configuración en el artículo 111.b) del TRLCAP en relación con el artículo 112.7 de la misma Ley como un privilegio para la Administración en los términos ya expuestos, no es argumentable la utilización imperativa del concurso como causa de resolución con un efecto desplazamiento o derogatorio del resto de causas resolutorias legalmente establecidas, de modo que llegue a impedir, de facto, a la Administración resolver el contrato por incumplimiento, máxime cuando dicha declaración concursal en el caso concreto ni siquiera pudo ser valorada. Alcanzar otra conclusión significaría que el concurso podría llegar a encubrir el incumplimiento contractual como causa resolutoria de los contratos, lo que, además de no tener fundamento en la legislación sobre contratos administrativos, resultaría contrario a lo establecido en la Ley Concursal. A propósito de la resolución por incumplimiento, el artículo 62.1 de esta Ley establece, con carácter general, que “La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso”, y, aunque la legislación especial en materia de contratación administrativa no contempla expresamente el caso concreto de incumplimiento del contratista concursado, debe entenderse que la posición de la Administración, privilegiada en el momento inicial de la declaración de concurso, no puede ser peor que la del resto de operadores una vez materializado el incumplimiento contractual.

Concluimos, pues, en el caso que examinamos, la causa que fundamenta la resolución contractual es la falta de ejecución del contrato dentro del plazo total establecido para su realización y no la declaración de concurso.

Establecido que la causa de resolución ha de ser el incumplimiento contractual del plazo total de ejecución, la resolución ha de conllevar, conforme a lo señalado en el artículo 113.4 del TRLCAP, la incautación de la garantía definitiva y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada, cuya cuantificación habrá de realizarse teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 113 del RGLCAP.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución, por incumplimiento culpable del contratista, del contrato de construcción de un consultorio local en Grandas de Salime, sometido a nuestra consulta, con los efectos expresados en el cuerpo de este dictamen.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.