

Expediente Núm. 324/2009
Dictamen Núm. 303/2009

V O C A L E S :

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

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 16 de julio 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 13 de julio 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 18 de junio de 2009, se acuerda iniciar el expediente de resolución contractual “por incumplimiento del plazo de ejecución” 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 audiencia del contratista por (un) plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio y del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía”.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la resolución contractual, se indica en el fundamento de derecho cuarto 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. Al expediente se incorpora, como antecedente, el procedimiento de resolución relativo al mismo contrato, iniciado por Resolución del Consejero de Salud y Servicios Sanitarios de fecha 3 de febrero de 2009 y terminado por caducidad declarada mediante Resolución del mismo órgano de 17 de junio de 2009.

5. Con fecha 24 de junio de 2009, el Secretario General Técnico de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios notifica a la aseguradora y a los administradores concursales la resolución por la que se acuerda la incoación del nuevo procedimiento y la apertura del trámite de audiencia.

6. El día 3 de julio de 2009, se recibe en el Registro General de la Delegación del Gobierno en Galicia un escrito de alegaciones firmado por el representante de la adjudicataria, con la conformidad de los administradores concursales, en el que aquél expresa su “total y absoluta oposición” a la resolución contractual. El avalista, según consta en la propuesta de resolución, “no presenta nuevas alegaciones en el indicado plazo”.

La oposición del contratista 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, en el mes de julio de 2009, de la capacidad y de la solvencia necesarias para continuar con la ejecución de las obras”, 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 (...). Así, desde algún tiempo antes de que esta parte se declarase en concurso voluntario, y como consecuencia de las dificultades económico-financieras propias de una situación pre-concursal, los subcontratistas de la obra abandonaron unilateralmente la ejecución de los trabajos, originando el consecuente retraso en su terminación”. Indica que, ante esta demora, 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 (...), ya que la verdadera causa que ha motivado el retraso en la ejecución de la obra ha sido la situación pre-concursal” de la empresa, circunstancia que, según afirma, no le es “imputable de modo culpable”.

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 total 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”. Todo ello, sin perjuicio de que “aquella declaración de concurso -aunque no se produjo hasta el día 13 de noviembre de 2008- tuvo consecuencias en la actividad empresarial ordinaria de mi representada desde bastante tiempo atrás, puesto que (...) fueron precisamente los recurrentes problemas de liquidez y los retrasos en los pagos a los subcontratistas que en

aquellas fechas se produjeron los que provocaron el abandono unilateral de las obras por parte de aquéllos. Consecuencia de ello fue también el que, a día 13 de noviembre de 2008, las obras no siguiesen el ritmo de ejecución esperado. No obstante, en ningún caso se puede aseverar de forma objetiva que con anterioridad a dicha declaración de concurso ya se hubiese incumplido el plazo total de finalización de las obras de referencia ni que éstas no pudiesen estar en condiciones de ser finalizadas el día 30 de noviembre de 2008”.

Respecto a las consecuencias derivadas de la aplicación del concurso como 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 supuesto”.

7. Con fecha 10 de julio de 2009, el Secretario General Técnico de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios suscribe la correspondiente propuesta de resolución en la que, en primer lugar, se analizan las alegaciones formuladas en el trámite de audiencia.

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”.

Por otro lado, se pone de manifiesto la contradicción existente “entre los hechos expuestos por el contratista en sus dos escritos de alegaciones”, es decir, el presentado durante el trámite de audiencia sustanciado en el procedimiento de resolución declarado caducado mediante Resolución del Consejero de Salud y Servicios Sanitarios de 17 de junio de 2009 y el aportado al procedimiento que ahora se instruye. Señala el autor de la propuesta de resolución que el contratista “en su primer escrito, afirmaba 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./ Sin embargo, en su escrito de fecha 2 de julio de 2009, tras reiterar que ‘dicho retraso ha venido motivado única y exclusivamente por la difícil situación en que se encontraba esta empresa en el momento inicial de la declaración del concurso voluntario’ afirma (...) que ‘desde algún tiempo antes de que esta parte se declarase en concurso voluntario, y como consecuencia de las dificultades económico-financieras propias de una situación pre-concursal, los subcontratistas de la obra abandonaron unilateralmente la ejecución de los trabajos’ (...). Esta afirmación se contradice con lo indicado en primer lugar (es

decir, que la difícil situación que provoca el retraso es inmediatamente posterior a la declaración del concurso) y, por supuesto, con lo expresado en su primer escrito de alegaciones./ Sin perjuicio de que resulta poco verosímil que la empresa desconociera en marzo de 2009 en qué momento le abandonaron sus subcontratistas, pero que en julio del mismo año obtuviese dicha información, la nueva versión de los hechos tiene algo más de sentido que la expuesta en un primer momento (...) aunque no alteran la cuestión de fondo, pues en ambos casos pretende ampararse en incidencias derivadas de los contratos suscritos con sus subcontratistas./ Esta nueva explicación de los hechos tampoco justifica que no solicitase por escrito una prórroga del plazo de ejecución 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 cuanto a la causa que ha de fundamentar la resolución del contrato, se establece como punto de partida que “se admite por ambas partes que la primera causa de resolución que se produce en el tiempo es la declaración del concurso y en ningún momento se ha planteado por la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios que antes de esa declaración de concurso se hubiera incumplido el plazo total de ejecución del contrato o alguno de sus plazos parciales, de forma que hubiera podido presumirse como consecuencia de ello la imposibilidad del cumplimiento del plazo total, al amparo del artículo 95.5 del TRLCAP”. Seguidamente, tras un análisis de los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales sobre el particular, se afirma, frente a la alegación del contratista relativa a la preferencia de la causa de resolución consistente en la declaración del concurso, por ser anterior en el tiempo al incumplimiento del plazo total de ejecución, 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, si bien excluyendo del cálculo de la indemnización por daños y perjuicios el mayor retraso que la caducidad del primer procedimiento iniciado suponga en la inversión proyectada, dado que dicha incidencia no es imputable al 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".

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 13 de julio de 2009, registrado de entrada el día 15 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 (en adelante RGLCAP), 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.- El presente dictamen reproduce, sustancialmente, las consideraciones vertidas en el Dictamen Núm. 61/2009, de este Consejo, al tratarse del mismo asunto, sin modificaciones que requieran nuevos pronunciamientos.

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 RGLCAP. 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 18 de junio 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 expuesto, 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 -emitido en el procedimiento de resolución contractual terminado mediante Resolución del Consejero de Salud y Servicios Sanitarios de fecha 17 de junio de 2009, e incorporado al que ahora examinamos-, 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.

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 e), 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 aquélla, no demostró su voluntad de reanudarla, salvo con la imposición de condiciones que se entienden inaceptables para una Administración pública.

Del análisis 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.

Concurren en el caso que examinamos, por tanto, dos circunstancias que podrían fundamentar la resolución contractual: el incumplimiento del plazo total de ejecución y la declaración concursal del contratista, que también es causa de resolución conforme al artículo 111.b) del TRLCAP. Ya ha tenido la ocasión de pronunciarse este Consejo (Dictamen Núm. 55/2009) en un supuesto en el que se planteaba la concurrencia de estas dos posibles causas de resolución contractual; en aquel caso, la declaración de concurso de la contratista y la existencia acreditada en el expediente de datos objetivos que hacían presumir racionalmente la imposibilidad de cumplimiento del plazo final del contrato.

En el presente procedimiento la Administración no valora la mora en la ejecución como causa de resolución contractual, pues, como se afirma en la propuesta que se somete a nuestra consulta, “en ningún momento se ha planteado por la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios que antes de esa declaración de concurso se hubiera incumplido el plazo total de ejecución del contrato o alguno de sus plazos parciales, de forma que hubiera podido presumirse como consecuencia de ello la imposibilidad del cumplimiento del plazo total”, por lo que el esfuerzo argumental del contratista dirigido a evitar la consideración de aquel retraso como causa de resolución autónoma y anterior a la declaración del concurso resulta estéril. A propósito de tal concurrencia de causas, 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.

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

precaer 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 de 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, que 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.