

Expediente Núm. 308/2012
Dictamen Núm. 3/2013

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
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 10 de enero de 2013, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente acuerdo:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 5 de diciembre de 2012, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de edificación de 117 VPP, locales y garajes en la parcela M9 de Vasco-Mayacina, Mieres, adjudicado a la empresa ‘X’”

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Por Resolución de la Consejera de Bienestar Social y Vivienda, de fecha 18 de mayo de 2011, se adjudica el contrato de obras de edificación de 117 VPP, locales y garajes en la parcela M9 de Vasco-Mayacina, Mieres, con un plazo de ejecución de dieciséis meses y el precio de 5.849.620,48 € (IVA incluido).

El día 23 de junio de 2011 se formaliza el contrato en documento administrativo.

2. Obran incorporados al expediente, entre otros documentos: a) Los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas aprobados para regir la contratación. b) El resguardo del depósito en la Tesorería General del Principado de Asturias de la garantía definitiva, constituida mediante certificado de seguro de caución, por importe de 270.815,76 €. c) El acta de comprobación del replanteo, extendida el día 25 de julio de 2011. d) Un anuncio, publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 10 de marzo de 2012, mediante el que la Secretaria del Juzgado Mercantil N.º 1, de Oviedo, hace saber que “en los autos tramitados en este Juzgado (...), se ha dictado, en fecha 16 de febrero de 2012, auto declarando en concurso voluntario ordinario a (la contratista)”, y que “se ha acordado la intervención de las facultades de administración y disposición del deudor por la Administración Concursal designada, mediante su autorización o conformidad”. e) Certificaciones de obra -desde la 1 a la 14, correspondiente esta última a agosto de 2012- e informes mensuales del Coordinador de Seguridad y Salud. En los informes correspondientes a los meses de febrero y marzo de 2012 se pone de manifiesto que “se debieran haber dado comienzo fase de albañilería e instalaciones, según planning previsto”, y en los de abril a junio de 2012, que la obra está “prácticamente detenida” y que “no se da cumplimiento al planning de obra”. f) Varios escritos presentados por subcontratistas de la obra en los meses de diciembre de 2011 y febrero de 2012, en los que solicitan de la Administración contratante el abono de las cantidades que el contratista les adeuda.

3. El día 18 de julio de 2012, el representante de la adjudicataria presenta un escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias en el que pone de manifiesto que “la última certificación abonada a nuestra empresa corresponde al pasado mes de septiembre de 2011, puesto que las certificaciones de los meses de octubre de 2011, noviembre de 2011 y

diciembre 2011, corresponden a la obra ejecutada y no acreditada debido a que fue superada la anualidad del 2011. La obra ejecutada durante estos tres meses fue acreditada en la certificación de enero de 2012 que a la fecha tampoco se encuentra abonada./ Por lo anterior, a la fecha se encuentran pendientes de abono 6 certificaciones ordinarias que acreditan los trabajos correspondientes a 9 meses de obra, lo cual está suponiendo un grave perjuicio para nuestra empresa que se ha visto obligada a continuar la ejecución de las obras sin recibir la correspondiente contraprestación y por tanto afrontando unos importantes costes financieros./ Por este motivo y ante la imposibilidad de continuar financiando la ejecución de las obras, nos vemos obligados a solicitar la suspensión temporal total de las obras hasta que se proceda al abono de las certificaciones retrasadas”.

4. Con fecha 11 de septiembre de 2012, el Jefe del Servicio de Edificación de Vivienda pone de manifiesto “la diferencia de facturación entre el Plan de Obras aprobado (85% del importe total del contrato) y la realidad de las obras (29,21%)”. Asimismo, señala que “en los informes de la Dirección de Coordinación de Seguridad y Salud que acompañan las certificaciones de febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio y agosto de 2012, se evidencia la demora en el proceso de obra que impide el cumplimiento del Plan de Trabajos”, y que “al día de hoy no se han puesto en marcha los tajos correspondientes a la albañilería que deberían haberse iniciado a principios del año en curso manteniéndose la obra parada en la situación que declara el Director de la Obra en abril de 2012”. Concluye, “por lo anteriormente expuesto”, que “existe un retraso acumulado en el Plan de Obras que impide se de cumplimiento al plazo ofertado”, y propone “la suspensión temporal total de las obras así como el inicio de las acciones que procedan y, en su caso, la resolución contractual”.

5. Mediante Resolución que suscribe la Consejera de Bienestar Social el día 20 de septiembre de 2012, se inicia el procedimiento de resolución contractual.

En los antecedentes de hecho de la resolución citada se relata que, mediante Resolución de 4 de noviembre de 2011, se concede a la adjudicataria una prórroga del plazo de ejecución, "quedando fijado el plazo de finalización el 9 de enero de 2013".

Asimismo se refiere que "el Director Facultativo de las obras notifica el 12 de abril de 2012 al Servicio de Edificación de Vivienda que se está produciendo una demora respecto a los plazos previstos en el plan de obras, demora que se evidencia en la certificación nº 8 por importe de 104.397,57 € en lugar de los 334.032,12 € que se estimaban en el plan de obras y en el informe del Coordinador de Seguridad y Salud extendido el 29 de febrero de 2012 en el que se advierte que no se han iniciado las obras de albañilería e instalaciones según el planning previsto; otro tanto acontece con la número 9, presentada el 9 de abril de 2012 por cuantía de 81.381,93 €, muy por debajo del importe que figura en el plan de obras, que ascendía a 458.455.91 €, a la que se acompaña informe del Coordinador de Seguridad y Salud de 29 de marzo, en idénticos términos al del mes de febrero y, en fin, en la número 10, aprobada el 3 de mayo de 2012 en la que se certifican 76.255,48 € sobre los 508.821,67 € previstos en el ya citado plan y a la que se acompaña informe del Coordinador de Seguridad y Salud firmado el 2 de mayo de 2012 en el que se indica que la obra está prácticamente detenida". Según se indica, "la obra ejecutada durante el mes de abril de 2012, certificación nº 11, asciende a 81.177,82 € frente a los 574.179,64 € previstos en el plan de obra, indicando el informe del Coordinador que la obra está prácticamente detenida. La siguiente certificación tramitada el 29 de junio (nº 12), a pesar de figurar 0 € de obra ejecutada, el repetido informe del Coordinador continúa reflejando que la obra está prácticamente detenida. A partir de la certificación nº 13, tramitada el 31 de julio, con posterioridad a la solicitud de suspensión temporal total, el informe a que nos venimos refiriendo, refleja que la obra está detenida. Al igual sucede

con la certificación nº 14, en la que se acreditan 0 euros, y se informa que la obra está parada. De lo que se constata que de hecho se ha producido una paralización total de la obra al menos desde el mes de mayo de 2012, precedida de una más que significativa ralentización en el ritmo de ejecución de los trabajos al menos desde el mes de enero de 2012”.

En cuanto al abono de los trabajos realizados, se señala que “el 24 de agosto de 2012 se contabilizaron los documentos de reconocimiento de la obligación y la propuesta de pago correspondientes a las certificaciones de obra de los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2012. El 19 de septiembre de 2012 se notifica a la Administración Concursal la aplicación de los pagos sobre los que pesa el embargo judicial, endoso de facturas y cesión de créditos”.

En los fundamentos de derecho de la misma resolución se indica que “el artículo 200.4 de la LCSP en relación con la Disposición Transitoria Octava de la misma dispone que la Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los cuarenta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras (...), señalando en su apartado 5 que si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista podrá proceder, en su caso, a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión”, y que “el artículo 215 de la mencionada Ley señala que a los efectos del pago, la Administración expedirá mensualmente, en los primeros diez días siguientes al mes al que correspondan, certificaciones que comprendan la obra ejecutada durante dicho periodo de tiempo (...) si bien de acuerdo con el artículo 152 del Real Decreto 1098/2011, de 12 de octubre, por el que se desarrolla la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, (...) para las certificaciones que se extienden excediendo del importe de las anualidades que rijan en el contrato no se contará el plazo previsto en el artículo 99.4 de la Ley desde la fecha de su

expedición, sino desde aquella otra posterior en la que con arreglo a las condiciones convenidas y programas aprobados, deberían producirse”.

Tras indicar que “desde el mes de febrero de 2012, en que se declara la situación de concurso de la empresa, e incluso antes (enero de 2012) el ritmo de ejecución de las obras objeto del contrato es notablemente inferior al exigible según el plan de obras de obligado cumplimiento, paralizándose totalmente a partir del mes de mayo”, concluye que “la situación de concurso en que se encuentra la empresa, incluso una vez que esta Administración se ha puesto al corriente de los pagos adeudados, impide al contratista la entrega de la obra dentro del plazo previsto para la conclusión del contrato, como resulta (...) de la manifiesta ralentización del ritmo de ejecución de los trabajos y subsiguiente paralización total”, y que “no cabe aceptar en modo alguno que la fecha de vencimiento para el abono de la (...) certificación fuese, como pretende el contratista, el 10 de marzo de 2012, pues ella solo hubiera sido legalmente posible si (...) no hubiese comprendido trabajos ejecutados que no excediesen del plan financiero rector del contrato, cosa que, como ha quedado sentado, no se da en el presente caso (...). La consecuencia que de ello se deriva, por fuerza, es la imposibilidad de considerar transcurrido, a fecha 18 de julio de 2012 -como pretende la empresa contratista- el preceptivo plazo de cuatro meses que hubiera podido legitimarle para pedir la suspensión, por lo que la paralización de los trabajos no puede ser interpretada sino como una actuación de hecho por parte de la empresa”.

Finalmente se señala que “no es solo que concurren varias de las causas legales que legitiman a la Administración contratante a extinguir el contrato administrativo que liga a las partes, sino que, concurriendo formalmente, ponen de manifiesto una más que notable demora en el cumplimiento de los plazos contractuales que viene a coincidir significativamente en el tiempo con la declaración de la empresa en situación de concurso voluntario ordinario (...), lo que por mera aplicación del artículo 207 de la Ley contractual legitima a este órgano de contratación para instar la resolución del contrato”.

6. El día 1 de octubre de 2012, el Jefe del Servicio de Edificación, el Director de Ejecución de la Obra, el Arquitecto Director de la Obra y el Coordinador de Seguridad y Salud, junto con otras dos personas que concurren de parte de la empresa, giran “visita de inspección a las obras de referencia”, extendiéndose el acta correspondiente, al que se acompañan 16 fotografías, de las que resulta el estado de ejecución de los trabajos. En el acta, que no suscriben quienes comparecen de parte de la empresa, “se constata que no hay personal trabajando en la obra y que esta situación se produce con anterioridad al mes de julio, momento en el que entendemos se detiene, quedando por tanto abandonada, con el riesgo que ello supone para los intereses generales”.

7. El día 4 de octubre de 2012, el Director de la Obra informa que “con fecha 15 de marzo de 2012 se advirtió por esta Dirección de Obra que la misma estaba retrasándose conforme al Plan de Obras aprobado y que en aquella fecha ya deberían haberse comenzado los tajos de albañilería, lo que evidencia un retraso y una falta de ritmo de los que informamos en escrito de fecha 12 de abril de 2012./ Esta situación sigue manteniéndose desde aquella fecha, en la que, terminada la estructura, la empresa subcontratada para ello abandona la obra (...). Durante los meses de mayo, junio y julio la obra se detiene ya de una manera total y absoluta paralizándose cualquier nuevo tajo, como así lo evidencian los informes de la certificación de obras realizados por el Coordinador de Seguridad y Salud./ Es por tanto a nuestro juicio, prácticamente imposible cumplir el plazo contractual y por tanto entregar la obra al uso en la fecha prevista”.

8. Con fecha 15 de octubre de 2012, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda elabora un informe a modo de propuesta de resolución contractual.

La resolución que se propone se fundamenta en “la declaración de concurso de la empresa (...), al haberse constatado la imposibilidad de la empresa en orden a la ejecución del contrato, sin que haya prestado garantías suficientes”, señalándose en la propuesta que “ya desde el mes de febrero de 2012, en que se declara la situación de concurso, e incluso antes (enero de 2012) viene ejecutando las obras objeto del contrato a un ritmo notablemente inferior al exigible según el plan de obras de obligado cumplimiento, obras que ‘de facto’ y sin comunicación alguna, paraliza totalmente en el mes de abril, siendo posteriormente cuando la empresa contratista solicita la suspensión temporal total (...), pretextando para ello el impago por parte de la Administración de la certificación emitida el 1 de febrero de 2012, al haber transcurrido el plazo de 4 meses, aduciendo la imposibilidad de continuar financiando la obra la ejecución, obviando en cambio -y esto es determinante- que buena parte de la obra certificada en el susodicho documento estaba por encima del plan financiero de la obra, esto es, de la anualidad aprobada y presupuestada”.

Tras indicar que, concurriendo “varias causas de resolución (situación de concurso, demora en el cumplimiento de los plazos y suspensión de la obra sin autorización de la Administración), debe aplicarse la que haya ocurrido antes en el tiempo”, la autora de la propuesta concluye que ha de “tomarse en consideración la declaración de concurso del contratista, coincidente en el tiempo (...), con la significativa ralentización e inmediatamente subsiguiente paralización de la obra”.

Considerando todo lo anterior, se propone resolver el contrato “por razón de la declaración de concurso de la empresa”, “disponer que se proceda a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas, una vez que haya finalizado el procedimiento de resolución del contrato”, “poner en conocimiento del Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Oviedo la existencia de la fianza definitiva por importe de doscientos setenta mil ochocientos quince euros con setenta y seis céntimos (270.815,76 €) a lo que resulta de la calificación del concurso”,

“dar audiencia al contratista, al administrador concursal y al avalista”, y “someter el expediente a informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias”.

9. Notificada la apertura del trámite de audiencia al contratista, al administrador concursal, y a la aseguradora, el día 26 de octubre de 2012 se reciben en la Dirección General de Vivienda sendos escritos del representante de la contratista en los que, respectivamente, pide la resolución del contrato con resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, por causa de mora superior a ocho meses en el pago de la certificación número 7, y se opone a la resolución contractual fundada en la situación de concurso aduciendo que “ya de inicio se incumplieron plazos para la firma del acta de comprobación del replanteo, lo que de por sí debiera haber abocado a la resolución”, y que, en los casos de concurso sin apertura de la fase de liquidación, “la opción por resolver o continuar el contrato es una potestad discrecional que ostenta la Administración, pero que no puede ejercer de forma arbitraria”, pues “ha de estar motivada”, lo que a su juicio implica que “ha de otorgar la opción de prestar garantías y ha de acreditar que éstas no han sido constituidas o que son insuficientes”, lo que entiende que no se ha producido en su caso. Afirma quien suscribe el escrito de alegaciones que “la declaración de concurso obedece, en una gran parte, al incumplimiento de la Administración de sus obligaciones de pago, forzando a la adjudicataria a la financiación de los trabajos durante prácticamente un año”, y que “se pretende fundamentar la resolución del contrato en una circunstancia que la propia Administración contribuye a ocasionar”.

10. El día 30 de octubre de 2012 la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería instructora suscribe una propuesta de resolución en la que, tras reproducir los fundamentos de la anterior de fecha 15 de octubre de 2012, analiza las alegaciones formuladas por el contratista. En ella señala que no son

“admisibles las alegaciones de la empresa en cuanto a que `la declaración de concurso obedece, en una gran parte, al incumplimiento de la Administración de sus obligaciones de pago, forzando a la adjudicataria a la financiación de los trabajos durante prácticamente un año’, ya que en la fecha del auto de declaración de concurso (16 de febrero de 2012) la Administración no había (...) incurrido en ningún incumplimiento de pago de la obra ejecutada./ Tampoco puede acogerse lo alegado en cuanto a que la Administración, si considera como causa de resolución contractual el concurso, ha de otorgar la opción a la empresa de prestar garantías, puesto que, aun prestadas, del informe del Jefe del Servicio de Edificación de Vivienda de 13 de septiembre de 2012 (...), corroborado todo ello con lo que resulta acreditado mediante el acta de la visita de inspección girada a la obra el día 1 de octubre de 2012 (...) y el informe del 4 de octubre de 2012 del Director de la Obra (...), parece razonable apreciar que la situación de concurso en que se encuentra la empresa, incluso una vez que esta Administración se ha puesto al corriente de los pagos adeudados, previa comunicación a la Administración concursal el 19 de septiembre de 2012 ante la situación de los créditos contra esta Administración, impide al contratista la entrega de la obra dentro del plazo previsto para la conclusión del contrato”. Asimismo señala, respecto de la demora en el abono de los trabajos realizados como causa de resolución contractual, que la Administración incurre en mora, “según constante y consolidada doctrina jurisprudencial”, cuando “transcurre el plazo (hoy fijado en 40 días) de gracia o carencia para proceder al pago’ y que este plazo debe computarse desde la fecha de la certificación y no desde que haya tenido entrada la factura o haya sido aprobada”. Asimismo manifiesta que “menos aun puede pretender la empresa que un retraso de un día en la comprobación del replanteo pueda considerarse como causa de resolución del contrato”. Por todo ello propone la resolución del contrato, la liquidación de los trabajos realizados, y la vinculación de la garantía a lo que resulte de la calificación del concurso.

11. El día 2 de noviembre de 2011 se recibe en el Registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito mediante el que el representante de la aseguradora solicita “la no incautación de la garantía prestada (...) hasta que no se alcance la pieza de calificación del concurso de acreedores de la contratista con resultado culpable”.

12. Con fecha 12 de noviembre de 2012, un Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias informa que “concorre la causa de resolución del contrato a que se refiere la propuesta de resolución”.

13. Mediante Resolución de la titular de la Consejería, de fecha 20 de noviembre de 2012, se suspende el procedimiento de resolución contractual “por el tiempo que medie entre la petición y la recepción del informe del Consejo Consultivo del Principado de Asturias”, lo que se notifica a los interesados.

14. En ese estado de tramitación, mediante escrito de 5 de diciembre de 2012, registrado de entrada el día 13 del mismo mes, V.E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato obras de edificación de 117 VPP, locales y garajes en la parcela M9 de Vasco-Mayacina, Mieres, adjuntando a tal fin copia compulsada 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.

SEGUNDA.- De acuerdo con los preceptos citados, la consulta preceptiva a este Consejo sobre resolución de contratos administrativos está condicionada a que “se formule oposición por parte del contratista”.

En el caso ahora examinado existe oposición del contratista, pero no a la resolución del contrato sino a las causas y consecuencias de la misma, las cuales dependen de la determinación del sujeto responsable de la resolución, lo que constituye el verdadero objeto de discrepancia. Como hemos manifestado en anteriores dictámenes, la oposición del contratista que determina la intervención preceptiva de este Consejo existe no solamente cuando este manifiesta su disconformidad con la resolución del contrato, sino también cuando, coincidiendo ambas partes en la procedencia de la citada resolución, la oposición se refiere a los presupuestos y efectos de la misma.

TERCERA.- La calificación jurídica del contrato que examinamos es la propia de un contrato administrativo típico de obras públicas.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado el contrato -18 de mayo de 2011-, y teniendo en cuenta lo establecido en la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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 la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP),

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 al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según el artículo 18.2 de la LCSP, el contenido en la propia LCSP y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Ahora bien, 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 de la Consejera de Bienestar Social y Vivienda de fecha 20 de septiembre de 2012, lo que implica la aplicabilidad del TRLCSP.

De conformidad con lo señalado en el artículo 194 de la LCSP por la que se rige el contrato de referencia -que asimismo reproduce el artículo 210 del vigente TRLCSP- el órgano de contratación ostenta, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la ley, la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de esta.

El ejercicio de dichas prerrogativas, a fin de garantizar no solo 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 sujetarse a las normas procedimentales que lo disciplinan, a tenor de lo señalado en los artículos 211 y 224 del TRLCSP, el último de los cuales remite a sus normas de desarrollo, y en el artículo 109.1 del RGLCAP. Estas exigencias formales operan, al igual que los requisitos materiales, como límite respecto del ejercicio por parte de la Administración de sus prerrogativas de resolución.

Una vez iniciado el procedimiento por el órgano competente, ha sido instruido con arreglo a lo dispuesto en el artículo 224 del TRLCSP, que remite a sus normas de desarrollo, y en el artículo 109.1 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. 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 este último no sea necesario atendiendo a la causa resolutoria. Finalmente, también es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo cuando, como ocurre en el supuesto examinado, se formula oposición por parte del contratista.

En el caso que examinamos se cumplen sustancialmente tales requisitos, puesto que, iniciado el procedimiento de oficio, se ha dado la preceptiva audiencia a la empresa contratista y a la aseguradora -si bien la audiencia a esta última no resultaba necesaria atendiendo a los efectos resolutorios- y se ha recabado el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias.

Por otro lado, apreciamos que, iniciado de oficio el procedimiento de resolución -mediante Resolución de la titular de la Consejería de 20 de septiembre de 2012-, en la fecha de emisión de este dictamen, habría transcurrido el plazo máximo de tres meses señalado en el artículo 42.3 de la LRJPAC, aplicable al procedimiento de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 de marzo de 2008 -Sección 4ª- y de 9 de septiembre de 2009 y 8 de septiembre de 2010 -Sección 6ª-, entre otras). No obstante, resulta de la documentación remitida que la Administración ha utilizado la posibilidad de suspender el transcurso de dicho plazo de resolución desde la petición de dictamen a este Consejo hasta la emisión del mismo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la LRJPAC, por lo que hemos de entender que no ha transcurrido el plazo máximo legalmente establecido, debiendo

reanudarse su cómputo el día de recepción de este dictamen, lo que habrá de comunicarse a los interesados.

TERCERA.- En relación con el fondo del asunto, hemos de indicar, en primer lugar, que el contratista está obligado a ejecutar el contrato con arreglo a lo dispuesto en sus cláusulas y en las de los pliegos anejos a él, que se consideran documentos contractuales. Por ello, en caso de concurrir causa resolutoria, es el interés público el que ampara la decisión de la Administración de resolver el contrato; si bien, para ello, se requiere que tal medida sea adecuada y conforme a la normativa vigente y a las cláusulas establecidas en dicho contrato.

Con arreglo al marco normativo antes señalado, resulta aplicable a la determinación de las causas y efectos de la resolución de este contrato la LCSP. Por tanto, las causas de resolución aplicables son las recogidas en el artículo 206 de la misma Ley y, en cuanto al contrato de obras, en el artículo 220 del mismo texto legal, que contempla determinadas especialidades de este tipo contractual, sin perjuicio de la remisión general al citado artículo 206.

Durante la instrucción del procedimiento resolutorio la Administración pone de manifiesto la concurrencia de dos causas que podrían fundamentar la resolución contractual: la declaración de concurso del contratista y la demora en el cumplimiento de los plazos por parte de aquel, contempladas respectivamente en las letras b) y d) del artículo 206 de la LCSP.

Los documentos obrantes en el expediente que analizamos constatan la realidad de ambas circunstancias. Así resulta, por un lado, que el contratista ha sido declarado en situación de concurso voluntario mediante Auto, de fecha 16 de febrero de 2012, del Juzgado de Mercantil N.º 1 de Oviedo, y, por otro, que el adjudicatario, que ha venido retrasándose en el cumplimiento de los plazos de ejecución de la obra desde febrero de 2012, paraliza los trabajos en el mes de junio del mismo año, según resulta de los informes del Coordinador de Seguridad y Salud, hasta el punto de que, el día 11 septiembre de 2012,

cuando faltan menos de cuatro meses para la finalización del plazo de ejecución, el Jefe del Servicio de Edificación y Vivienda señala que “existe un retraso acumulado del Plan de Obras que impide se de cumplimiento al plazo ofertado”, lo que corrobora el Director de la Obra en su escrito de 4 de octubre de 2012.

Atendiendo a la doctrina consolidada del Consejo de Estado según la cual, ante la concurrencia de varias causas de resolución, debe acudir a la que se hubiere manifestado con anterioridad desde un punto de vista cronológico, sobre todo cuando surten distintos efectos en lo relativo a las consecuencias económicas de la extinción de contrato, la Administración propone resolver el contrato por causa de la declaración de concurso.

En el caso que analizamos resulta, en efecto, que la declaración de concurso es anterior al incumplimiento del plazo susceptible de culminar en la resolución del contrato. Sin dejar de ser cierto, según se señala en la resolución de inicio del procedimiento resolutorio, que la demora en el cumplimiento de los plazos contractuales “viene a coincidir significativamente en el tiempo con la declaración de la empresa en situación de concurso voluntario ordinario”, pues se remonta a febrero de 2012, de los documentos obrantes en el expediente se deduce que la mora en la ejecución no alcanza virtualidad resolutoria hasta más tarde, pues no es hasta el informe antes citado del Jefe del Servicio de Edificación y Vivienda, de fecha 11 de septiembre de 2012, cuando se aprecia que el incumplimiento de los plazos parciales de ejecución hace presumir que no podrá cumplirse el plazo total en los términos del artículo 196.6 de la LCSP.

Ahora bien, constatado que la declaración de la contratista en situación de concurso es la causa aplicable al caso que nos ocupa por razones cronológicas, hemos de continuar nuestro análisis sin perder de vista que la finalidad que justifica el ejercicio de la potestad resolutoria en los casos de declaración de concurso es la adecuada ejecución de los contratos administrativos ante los riesgos concretos, ciertos o inminentes, derivados de la situación empresarial, y por ello, la resolución por tal causa nunca puede

ampararse en la formal declaración de aquella situación –lo que pugnaría con aquella regla general- sino que ha de fundarse en el trasfondo fáctico que subyace a tal declaración y sus consecuencias sobre el cumplimiento del contrato. Por esta razón, faltando, cuando menos, el riesgo patente de incumplimiento, debe prevalecer el principio general de continuidad en la actividad empresarial.

Siguiendo este mismo criterio, el artículo 207.5 de la LCSP señala que “En caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquella para su ejecución”.

En el mismo sentido viene pronunciándose el Consejo de Estado de forma reiterada cuando señala que no cabe la aplicación de la declaración de concurso “como causa de resolución automática” en supuestos como el que ahora nos ocupa, “debiendo estarse a la actitud y garantías ofrecidas por el contratista”.

En el caso que analizamos, el contratista, pudiendo haberlo hecho durante la instrucción del procedimiento, no ha demostrado que el concurso no afecte a su capacidad operativa como mercantil, ni ofrecido garantía alguna que permita apreciar, frente a lo informado por el Jefe del Servicio de Edificación de Vivienda y el Director de la Obra en sus informes de fechas 11 de septiembre y 4 de octubre de 2012, respectivamente, que puede ejecutar en plazo la prestación comprometida.

El contratista se opone a la resolución contractual aduciendo que “la declaración de concurso obedece, en parte, al incumplimiento de la Administración de sus obligaciones de pago”, de modo que “se pretende fundamentar la resolución del contrato en una circunstancia que la propia Administración contribuye a ocasionar”. Tales afirmaciones, vertidas en el escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia, no solo no son ciertas, pues la declaración de concurso, como se afirma en la propuesta de

resolución y resulta de la documentación que analizamos, es anterior a la mora de la Administración en el abono de las certificaciones, sino que además, no pueden operar como excusa del incumplimiento contractual, pues la declaración de concurso no incide en el contenido obligacional del contrato, de modo que no libera al adjudicatario del normal cumplimiento de las obligaciones que tiene contraídas.

El resto de alegaciones en que aquel funda su oposición tampoco pueden prosperar, pues no puede pretender el adjudicatario, en descargo de sus obligaciones contractuales, que el retraso de un día en la comprobación del replanteo pueda dar lugar a la resolución del contrato una vez iniciados los trabajos, a menos de tres meses para la finalización del plazo de ejecución, y en situación de incumplimiento por su parte. A su inexecución tampoco puede oponer la mora en el abono de las certificaciones por parte de la Administración, que ya no existe a la fecha del inicio del procedimiento de resolución contractual, según resulta de lo actuado en el procedimiento.

En definitiva, y en defecto de garantías suficientes para la ejecución del contrato por parte del contratista, puede inferirse de lo actuado que la prestación no podrá ejecutarse en plazo, por lo que puede la Administración, atendiendo al interés general, resolver el contrato por la causa invocada.

En cuanto a los efectos resolutorios, ha de actuarse en la forma señalada en la propuesta de resolución, esto es, procediendo a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto en los términos del artículo 222 de la LCSP, y estando, en lo que a la garantía se refiere, a la calificación final del concurso que resulte de la correspondiente sentencia firme, de conformidad con lo señalado en el artículo 208.4 de la misma Ley, a cuyo tenor: "En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Solo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución de

contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable”.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución del contrato de de obras de edificación de 117 VPP, locales y garajes en la parcela M9 de Vasco-Mayacina, Mieres, adjudicado a la empresa “X”, en los términos y con los efectos establecidos 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.