

En Logroño, a 10 de mayo de 2013, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana y D. José María Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Pedro de Pablo Contreras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

27/13

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Educación, Cultura y Turismo en relación con el expediente de resolución del contrato formalizado por la Universidad de La Rioja con la entidad C. P., S.L. para la ejecución de las *Obras de construcción de la IV Fase del Complejo Científico Tecnológico* de dicha Universidad, con oposición de la contratista.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Mediante anuncio de la Universidad de La Rioja, se da publicidad a la convocatoria, por procedimiento abierto, para la contratación de las *Obras de construcción de la IV Fase del Complejo Científico Tecnológico de la Universidad de La Rioja* (DOUE, de 28 de diciembre de 2010; y BOE, de 4 de enero de 2011).

Con fecha 23 de junio de 2011, se suscribe el correspondiente contrato con la empresa adjudicataria, C. P. S.L, por un importe de 4.587.469,65 euros y un plazo de duración de las obras de 345 días (11,5 meses), iniciándose su cómputo el día siguiente al de la firma del Acta de comprobación del replanteo con resultado viable, o al de la fecha de la Resolución que ordene su inicio (Cláusula 5^a del contrato).

El acta de comprobación de replanteo y de autorización del inicio de las obras es de fecha 28 de junio de 2011.

Segundo

A lo largo de la ejecución del contrato, además de irse abonando las sumas correspondientes a las correspondientes certificaciones de obras, tras la tramitación del oportuno expediente administrativo se han formalizado dos modificaciones de éste (modificados núms. 1 y 2, del Proyecto de ejecución). La primera de ellas fue aprobada por Resolución n.º 1208/2011, de 26 de octubre, del Rector de la Universidad de La Rioja, y la segunda, por Resolución rectoral n.º 341/2012, de 13 de marzo.

Asimismo, el 22 de mayo de 2012, se inició el expediente para la aprobación de la tercera modificación (modificado núm. 3 del Proyecto de ejecución) de las obras, que finalmente no fue aprobado por falta de acuerdo entre las partes, así como por la propuesta de cesión del contrato, por parte de C. P. S.L, a la empresa A., S.L, comunicada a la Universidad, según consta en el expediente (doc. 31.6), en la reunión celebrada el 19 de junio de 2012.

La condiciones exigidas por la Universidad de La Rioja para acoger esta solicitud de cesión de su posición contractual se comunican a C. P., S.L. mediante escrito del Jefe del Servicio de Contratación, Compras y Patrimonio de fecha 26 de junio de 2012, en el que se termina indicando que, *«de no atender el presente requerimiento en tiempo y forma, en el plazo de diez días naturales se procederá a iniciar expediente de resolución del contrato»*.

Tercero

Con fecha 13 de julio de 2012, emite informe la Responsable del Contrato y Directora Técnica de la Oficina de Obras e Infraestructuras de la Universidad de La Rioja, relativo a la situación de abandono de las *Obras de construcción de la IV Fase del Complejo Científico Tecnológico de la Universidad de La Rioja*, a la vista del cual se inicia expediente de resolución de contrato, mediante Resolución rectoral n.º 934/2012, de 25 julio.

En dicha Resolución, se pone de manifiesto el incumplimiento del contrato; en particular, se indica que el contratista, por causas imputables al mismo, ha incurrido en demora respecto del cumplimiento del plazo total.

De esta Resolución, se da traslado a C. P. S.L., que no efectúa alegación alguna en el plazo establecido al efecto.

Finalmente, con fecha 22 de octubre de 2012, el Rector de la Universidad de La Rioja dicta la Resolución núm. 1194/2012, de 22 de octubre, por la que se resuelve el contrato y se ordena que se proceda a la liquidación del contrato, así como al inicio del expediente de indemnización de daños y perjuicios y de incautación de la garantía definitiva, con audiencia al contratista y al avalista o asegurador.

Con fecha 31 de octubre de 2012, se procede a la aprobación de la certificación-liquidación de las obras, con un saldo a favor de la Universidad de La Rioja de 56.807,95 euros.

El acta de recepción parcial de las obras se suscribe con fecha 13 de diciembre de 2012, momento en el que se entrega al administrador concursal la propuesta de liquidación de las obras.

Cuarto

La última certificación de obras –la número 12, firmada el 9 de julio de 2012–, por importe de 90.470,65 euros, a favor de C. P., S.L, fue descontada en su integridad, poniendo toda esa cantidad, con fecha 16 de octubre de 2012, a disposición de diversos Juzgados de Primera Instancia de Vigo, en virtud de los diversos embargos que constan en el documento núm. 33 del expediente.

Con fecha 7 de noviembre de 2012, el Juzgado de lo Mercantil núm.3 de Pontevedra dicta un Auto declarando en **concurso necesario** a C. P. S.L. y nombrando como administrador concursal al economista D. V. Ch. G.

Con fecha 7 de diciembre de 2012, el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra dicta un Auto, disponiendo la suspensión de facultades de C. P. S.L. a favor del administrador concursal.

Quinto

Con fecha 3 de diciembre de 2012, M. I. C., LTD, compañía aseguradora del contrato de obras, presenta un escrito alegando, entre otros extremos, la existencia de causa de nulidad, por omisión del trámite de audiencia, en la resolución del contrato de las *Obras de construcción de la IV Fase del Complejo Científico Tecnológico de la Universidad de La Rioja*, efectuada con fecha 22 de octubre.

La alegación esgrimida por M. I. C., LTD fue estimada mediante Resolución rectoral nº 73/2013, de 21 de enero, y en consecuencia, se procedió a invalidar el procedimiento. De esta forma, se dejó sin efecto, tanto el expediente de resolución del contrato como el expediente de indemnización de daños y perjuicios e incautación de garantía definitiva a C. P., S.L.

Sexto

Con fecha 30 de enero de 2013, se inicia nuevamente expediente de resolución del contrato formalizado con C. P., S.L., en el que se pone de manifiesto la concurrencia de los siguientes motivos de resolución, por causa imputable al contratista: i) incumplimiento del contratista de la obligación esencial del contrato, al haber abandonado la obra con fecha 29 de mayo de 2012; ii) incumplimiento del contratista de los plazos tanto parciales, como totales, habiéndose acumulado un retraso a fecha 13 de julio de 2012, de 173 días; y iii) declaración a la empresa en situación de concurso necesario de acreedores.

Esta nueva Resolución es recibida por el administrador concursal el 4 de febrero de 2013. Asimismo, la empresa aseguradora recibe la notificación el 4 y 7 de febrero, respectivamente.

Séptimo

Con fecha 18 de febrero de 2013, tiene entrada en la Oficina de Correos de Vigo (Pontevedra) un escrito certificado, suscrito por el administrador concursal de C. P., S.L, en el que pone de manifiesto su oposición a la resolución del contrato, alegando que se ha producido un cierto retraso en la ejecución de las obras, pero no un abandono de las mismas. Asimismo, solicita la apertura de un nuevo expediente de resolución del contrato por mutuo acuerdo entre la Universidad de La Rioja y el contratista, con devolución de la garantía definitiva aportada por C. P., S.L.

Dicho escrito es presentado, igualmente, en el Registro General de la Universidad de La Rioja con fecha 19 de febrero de 2013.

Con fecha 1 de marzo de 2013, M. I. C., LTD. presenta escrito de alegaciones en el que manifiesta, entre otras, que la Universidad de La Rioja no ha cumplido con la obligación del pago de certificaciones, y solicita la anulación del acto administrativo de resolución del contrato.

Con fecha 8 de marzo de 2013, se concede trámite de audiencia, tanto al administrador concursal como a la empresa aseguradora.

Con fecha 21 de marzo de 2013, la empresa aseguradora, a través de su abogado, presenta alegaciones, poniendo de manifiesto la insuficiente justificación del pago de las certificaciones de obra por parte de la Universidad de La Rioja, así como la ausencia de citación para la realización de la prueba pericial.

Octavo

Por último, atendiendo al informe suscrito con la misma fecha por el Servicio de Asesoría Jurídica, el 11 de abril de 2013 se dicta la Propuesta de resolución del Rector de

la Universidad de La Rioja, remitida a este Consejo Consultivo para dictamen. En dicha Propuesta, se pretende resolver el contrato formalizado por dicha Universidad con la empresa C. P., S.L, por demora y abandono de obra, reteniendo la garantía constituida hasta la determinación de los daños y perjuicios causados a la primera.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 17 de abril de 2013, registrado de entrada en este Consejo el 19 de abril de 2013, el Excmo. Sr. Consejero de Educación, Cultura y Turismo del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de fecha 19 de abril de 2013, registrado de salida el 22 de abril de 2013, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo.

Teniendo en cuenta la oposición del contratista, puesta de manifiesto por el Administrador concursal y representante, por tanto, de C. P., S.L. en los documentos 52 y 53, es procedente que el Consejo Consultivo de La Rioja emita el dictamen, de acuerdo con lo que expresamente prevé el artículo 213.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) y el artículo 109.1.d) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCAP).

Igualmente, en el ámbito autonómico, el artículo 11.i) de la Ley 3/2001 prevé que el Consejo Consultivo de La Rioja deberá ser consultado en los asuntos de «*nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos y concesiones cuando se formule oposición por parte del contratista y, en todo caso, en los supuestos que así lo dispongan las normas aplicables*»; lo que es reiterado por el artículo 12.i) del Decreto 81/2002, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional del Consejo Consultivo de La Rioja.

Por lo demás, el hecho de que la Propuesta de resolución proceda de la Universidad de La Rioja no afecta a la competencia de este Consejo Consultivo para emitir el dictamen solicitado, que resulta de lo dispuesto en el artículo 10.2 de su Ley reguladora y en el artículo 8 de su Reglamento Orgánico, siendo evidente la inclusión de la Universidad de La Rioja –como ya se ha indicado en anteriores Dictámenes (así, por todos, en el D.9/2003)– en el supuesto de hecho que contemplan estos preceptos.

Segundo

Normativa aplicable al presente expediente de resolución.

Como ya hemos indicado, el presente expediente ha de resolverse conforme a las prescripciones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y de su reforma por el Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril, de Medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, al haberse adjudicado el contrato después de su entrada en vigor. Esto remite, en definitiva, al Texto refundido de la Ley de contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF), que integra en un sólo texto y sin modificaciones las normas indicadas; aunque, para resolver la cuestión sometida a nuestro dictamen, ha de tenerse en cuenta, con carácter prioritario, lo dispuesto por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

En efecto, el contrato cuya resolución por incumplimiento del contratista pretende la Universidad de La Rioja se rige por lo dispuesto en el TRLCSF. Esto es lo que resulta de lo establecido en el art. 2.1 de éste, según el cual «*son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3*», que incluye expresamente entre ellos a las Universidades públicas (art. 3.1.c).

Pues bien, según el art. 18 TRLCSF, «*los contratos del sector público pueden tener carácter administrativo o carácter privado*»; y el art. 19.1.a) atribuye expresamente naturaleza administrativa al contrato de obra, que es justamente el tipo contractual convenido por la Universidad de La Rioja que ésta pretende resolver. En consecuencia, al mismo le es aplicable lo dispuesto en el Libro IV del TRLCSF, que es el que se ocupa de

los «efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos» (arts. 208 a 315 TRLCSP); y, en particular, las normas específicamente aplicables al contrato de obra que incluye en su Título II (arts. 229 a 239 TRLCSP).

No altera las anteriores conclusiones el hecho de que C. P., S.L., tras haberlo solicitado voluntariamente, fuera declarada, a instancia de uno de sus acreedores, en concurso necesario, con fecha 7 de noviembre de 2012, por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra, pues el art. 67.1 de la Ley concursal determina expresamente que «*los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial*». En particular, de esto resulta la inaplicación a los mismos de lo dispuesto en el art. 62 de esta última sobre la resolución de los contratos por incumplimiento del concursado, para cuya declaración es competente el juez del concurso: conforme al art. 67.1 citado, esto es aplicable a los contratos del sector público de carácter privado, pero no a los de naturaleza administrativa, como es el caso del concertado por la Universidad de La Rioja que ésta pretende resolver.

A partir de ahí, el hecho de que el TRLCSP incluya como causa de resolución de los contratos administrativos la declaración de concurso del contratista (art. 222.b) no excluye la aplicación de las demás causas de resolución contractual legalmente previstas, entre las que se encuentran las que son eventualmente aplicables en el caso que nos ocupa: «*la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista*» (art. 222.d) y «*la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I*» (art. 222.g).

Tercero

Procedencia y efectos de la resolución del contrato.

Según se desprende del expediente, las dos causas legales de resolución por incumplimiento del contratista a que nos acabamos de referir han quedado acreditadas:

A) La demora en el cumplimiento del plazo de realización de las obras por parte del contratista resulta con toda claridad del Informe de la Directora Técnica de la Oficina de Obras e Infraestructuras, de fecha 13 de julio de 2012, sobre la situación de abandono de las *Obras de construcción de la IV Fase del Complejo Científico Tecnológico de la Universidad de La Rioja*. En efecto, como se indica en el mismo, «*el ritmo de ejecución ha sufrido una ralentización drástica a partir del mes de febrero de 2012, tal y como se especifica en los informes mensuales realizados por la Dirección facultativa*»; y, además, «*durante el mes de mayo y hasta la fecha de la redacción del presente (...) la obra se paraliza totalmente, no registrándose actividad*». Así lo demuestran las Actas de Obra,

suscritas también por la Jefa de Obra de C. P., S.L, números 45, de 29/5/2012 (Doc. 34, página 406 dorso), 46, de 5/6/2012 (página 407), 47, de 12/6/2012 (página 407 dorso) y 48, de 19/6/2012 (página 408), de las que resulta con claridad que la obra, ya retrasada, quedó paralizada durante los últimos días del mes de mayo e inicio del mes de junio de 2012.

De ahí que concluyera en dicho informe la Directora Técnica de la Oficina de Obras e Infraestructuras (tras indicar que –incluyendo el retraso justificado del plazo de ejecución de 70 días naturales, motivado por la redacción del proyecto modificado nº 2– las obras debían estar terminadas el día 19 de agosto de 2012), que, *«considerando que faltan 5 semanas para la finalización de la obra (1.25 meses) y el retraso acumulado, resulta absolutamente inviable finalizar la obra en plazo»*. De hecho, las Obras de construcción de la IV Fase del Complejo Científico Tecnológico de la Universidad de La Rioja se hallan paralizadas desde el mes de mayo de 2012, encontrándose pendiente de ejecución un 60 % de las mismas, habiéndose rebasado ya sobradamente el plazo total.

En consecuencia, es claro que, desde mayo de 2012, concurre la causa de resolución prevista en el art. 222.d) TRLCSP y, en particular, su concreción en el art. 212.6 de dicha norma legal, conforme al cual la Administración puede acordar la resolución del contrato en razón del incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales, *«cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total»*.

B) De la concurrencia de la causa de resolución prevista en el art. 222.g) TRLCSP es preciso ocuparse: i) por cuanto, el 22 de mayo de 2012, inició la Universidad un expediente para la aprobación de una tercera modificación del Proyecto de obra, que, finalmente, no fue aprobado por falta de acuerdo entre las partes; y ii) por la propuesta de cesión del contrato, por parte de C. P. S.L. a la empresa A., S.L, comunicada a la Universidad, según consta en el expediente (doc. 31.6), en la reunión celebrada el 19 de junio de 2012.

Estos hechos son, a nuestro juicio, relevantes, no para determinar la concurrencia o no de causa de resolución del contrato de obra, sino para determinar si el incumplimiento del contratista es o no imputable a éste y las consecuencias que ello tiene en su responsabilidad contractual.

A ello se refiere, en efecto, el art. 212.7 TRLCSP, según el cual *«cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, indistintamente, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares»*.

En este caso, es claro que la Universidad de La Rioja optó por la resolución, iniciándose el correspondiente expediente, tras desechar la cesión del contrato propuesta por C. P. a favor de la empresa A., por Resolución rectoral de 25 de julio de 2012; pero queda por dilucidar si el incumplimiento por demora es o no imputable a la primera.

En efecto, C. P., S.L. aduce, como causas de exoneración de su responsabilidad, en su escrito de alegaciones de fecha 18 de febrero de 2013: i) que el retraso producido se debe al cese de los suministros de materiales necesarios para proseguir las obras, imputable a terceras empresas; ii) que nunca se produjo abandono de obras; y iii) que la paralización de las mismas se debió a las dificultades de la constructora para subcontratar nuevas unidades de obras, a su oposición al modificado núm.3 y a la negociación para la cesión de obra.

En cambio, según la Propuesta de resolución sometida a nuestro dictamen y el informe del Servicio Jurídico de la Universidad que aquélla asume, *«ninguna de estas circunstancias alegadas por el contratista justifican, en modo alguno, un retraso del plazo de ejecución y, mucho menos, un abandono de la obra. Tampoco los eventuales incumplimientos de los subcontratistas o las dificultades para contratar con los mismos eximen de responsabilidad a C. P., S.L., pues es ésta la única que responde frente a la Universidad de La Rioja»*. Por todo ello, concluyen ambas que *«el incumplimiento del contratista debe ser calificado necesariamente como culpable»*, que es lo que hace nacer la denominada *responsabilidad contractual*, que obliga a resarcir los daños derivados del incumplimiento de una obligación preexistente cuando los mismos se hayan efectivamente producido.

En esto, a nuestro juicio, lo que hace la ley es extender a los contratos administrativos lo que para el Derecho privado dispone el art. 1.101 Cc., según el cual *«quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla»*.

Aquí, la indemnización del daño (prestación del *id quod interest*) no tiene su fundamento en el incumplimiento, sino en el daño derivado de él, y no es efecto de ninguna obligación preexistente, sino una nueva obligación, que –eso sí– surge del daño injusto de incumplimiento de otra anterior; y esta solución la acoge el TRLCSP cuando dispone, en su art. 225.3, que *«cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados»*, aclarando a continuación que *«la indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada»*: por eso, determina el número siguiente del mismo artículo que, *«en todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o*

cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida», aunque, en caso de resolución del contrato por concurso del contratista, sólo se acordará la pérdida de la garantía «cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable».

Pues bien, en este marco y atendiendo a su fundamento en el Derecho común, es inequívoco que la mora en el cumplimiento de la obligación de hacer a cargo de C. P., S.L. comporta también, como argumenta la Propuesta de resolución y el informe jurídico en que se funda, no sólo la resolución por incumplimiento, sino también la responsabilidad contractual o deber de indemnizar los daños y perjuicios que derivan del mismo. En efecto, esa culpa del deudor no equivale a *negligencia*, sino que se trata de una *culpa-hecho propio*, es decir, que su responsabilidad por incumplimiento deriva de la imputación objetiva a su conducta de los daños causados al deudor, sea ésta directa o indirecta: tanto si la causó él, cuanto si la causaron sus auxiliares, o si su conducta o condiciones son las que explican la actuación de terceros que provocó indirectamente el daño que estaba obligado a evitar.

Por todo lo expuesto, este Consejo Consultivo considera procedente la resolución contractual por incumplimiento del contratista; estima que el mismo es objetivamente imputable a la conducta del contratista, por lo que ha de ser calificado como *culpable*, naciendo del mismo, por tanto, una obligación adicional de responsabilidad contractual; y ésta –como se indica por el Consejo de Estado en su Dictamen 646/12, de 5 de julio–, sin pérdida de la garantía constituida, debe dar lugar a la incoación de un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios causados, que, a nuestro juicio, deben valorarse teniendo en cuenta la propuesta de modificación del contrato formulada por Resolución del Rector de la Universidad de La Rioja de fecha 22 de mayo de 2012.

A nuestro juicio, esto justifica la retención del importe de la garantía, como medida cautelar que permite adoptar el artículo 72.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LPAC), a la espera de que se determinen, de forma fundada y conforme a Derecho, los daños y perjuicios imputables al contratista y su valoración en dinero o prestación del equivalente, que es lo único que está cubierto por el seguro de caución concertado en su día, garantizando a la Universidad de La Rioja «*las obligaciones, penalidades y demás gastos*» derivados de la eventual responsabilidad del contratista.

CONCLUSIONES

Única

Se dictamina favorablemente la resolución del contrato formalizado por la Universidad de La Rioja con la entidad C. P., S.L. para la ejecución de las *Obras de construcción de la IV Fase del Complejo Científico Tecnológico* de dicha Universidad.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero