



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 5 8 / 2 0 0 5

(Sección 1ª)

La Laguna, a 17 de mayo de 2005.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife, en relación con la *resolución del contrato de las obras de terminación del terrero de lucha de El Escobonal, término municipal de Güímar, suscrito con la empresa D., S.A. (EXP. 127/2005 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Por escrito de 13 de abril de 2005, el Ilmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife solicita por el procedimiento ordinario y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1.D.c), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, y 59.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio [TR-LCAP-2000], Dictamen preceptivo respecto a la Propuesta de Resolución, con forma de Acuerdo de la Comisión de Gobierno, por la que se pretende resolver el contrato de obras del terrero de lucha canaria de El Escobonal, término municipal de Güímar, adjudicado a la empresa D., S.A. (el contratista).

2. La Propuesta de Acuerdo se fundamenta en el citado art. 95.3 TR-LCAP-2000, que hace referencia a la "demora respecto al cumplimiento del plazo total", eventualidad en la que la Ley otorga a la Administración la alternativa de resolver el contrato o imponer las penalidades a que hace referencia el citado precepto legal. La Administración ha optado por la vía resolutoria, para la que la propia Ley (art. 96 TR-LCAP-2000) exige el cumplimiento de ciertos trámites preceptivos: La audiencia del contratista y el Dictamen del Consejo de Estado u órgano Consultivo equivalente

* **PONENTE:** Sr. Millán Hernández.

de la Comunidad Autónoma respectiva, trámites a los que se ha dado cumplimiento en el procedimiento tramitado.

3. La legislación aplicable a la resolución instada la constituye el citado Texto Refundido [toda vez que el contrato fue adjudicado (27 de agosto de 2001) con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre (que tuvo lugar el 29 de marzo de 2000 (disposición transitoria primera TR-LCAP-2000 y disposición final única.1 de la citada Ley 53/1999)]; el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 390/1996, de 1 de marzo [ya que el contrato fue adjudicado (agosto de 2001) con anterioridad a la entrada en vigor (26 de octubre de 2002) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por R.D. 1.098/2001, de 12 de octubre; disposición transitoria única]; y los Pliegos base de la contratación, ley del contrato.

II

(...)¹

La alegación de la contrata de que “siempre creyó que el Acuerdo de recepción implicaba, en beneficio de ambos, la recepción y rescisión de mutuo acuerdo en el estado en el que estaban las obras” (tomado de la Propuesta) es desechada, con acierto, por la Propuesta de Resolución que precisa que tal afirmación “no se sostiene” a la vista del grado de ejecución de la obra al finalizar el plazo de ejecución, como se acreditó en el momento de la suscripción del acta de recepción, trámite al que el contratista no compareció. Además -continúa la Propuesta- el mutuo acuerdo como causa resolutoria del contrato “sólo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución imputable al contratista y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato” (art. 112.6 TR-LCAP-2000); y la recepción de las obras se produce con la ejecución total y a satisfacción del contrato -lo que no es obviamente el caso- y en otros casos en los que opera “como apreciación del incumplimiento del mismo”.

En cuanto a la recepción de las obras -que la contrata entiende como expresión de ese Acuerdo-, no deja de sorprender que la contrata no asistiera a un acto al que otorgaba tanta relevancia.

¹ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

En suma, la recepción de las obras con disconformidad en modo alguno puede ser considerado como la formalización de una resolución de mutuo acuerdo. La disconformidad fue manifestada durante toda la ejecución y también en el momento de la suscripción del acta de recepción. Ciertamente que en este momento se le podrían haber dado instrucciones y plazo para corregir los "defectos" observados; incluso por segunda vez o, alternativamente, resolver el contrato. No se hizo así sino que se inició directamente, vencido el plazo, el procedimiento resolutorio, sin que esa circunstancia tenga relevancia alguna porque, como se dijo, fueron múltiples las prórrogas concedidas y porque, fundamentalmente, la obra no era susceptible de recepción y uso, siquiera con defectos. Una cosa es que hubiera "defectos" y otra muy distinta, como es el caso, que la obra sólo estuviera *parcialmente ejecutada*.

La recepción de las obras -o su ocupación con los efectos propios de la recepción- es el efecto lógico que se sigue del abandono de las mismas y el vencimiento de la fecha de cumplimiento del contrato, en los términos por otra parte previstos en la Ley de aplicación.

Al Ayuntamiento de Güímar con quien el Cabildo suscribió en su día un convenio de cofinanciación de la obra a ejecutar, debería ser informado formalmente de las incidencias que se produzcan con ocasión de la ejecución del contrato.

III

1. Es en la Propuesta de Resolución -fecha el 24 de marzo de 2005- donde se hace por primera vez referencia al Auto de 9 de noviembre de 2004, del Juzgado Mercantil nº 1, de los de Santa Cruz de Tenerife, por el que se declara el concurso de la mencionada empresa, con carácter voluntario. La cercanía de la declaración concursal (de 9 de noviembre de 1994, aunque no consta cuando la Administración tomó razón de la misma) a la fecha de finalización del contrato tras la última prórroga (30 de noviembre de 2004) diluye su eficacia en el contexto del procedimiento resolutorio -en el que rige la regla del *prior tempore* a la hora de aplicar las causas de resolución- incoado por incumplimiento del plazo, aunque, como se verá, existe una cierta trabazón material entre una y otra causa.

Como se desprende del art. 111.b) TR-LCAP-2000, la "declaración de concurso" es causa de resolución del contrato, sin perjuicio de que la propia Ley (art. 112.7 TR-LCAP-2000) permita que, 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”. Eso sí, “la apertura de la fase de liquidación (originará) siempre la resolución del contrato” (art. 112.2 TR-LCAP-2000). Así pues, la declaración de concurso es causa de resolución a no ser que la Administración permita que no lo sea, en los términos que se derivan de la propia Ley. En este caso concreto, distintos informes avalan la insuficiencia de medios para que la contrata pudiera dar correcta ejecución al contrato; deficiencia detectada mucho tiempo antes de la declaración de concurso, sin que la contrata hubiera hecho, al parecer, nada para remediar esa situación. No concurría, pues, la garantía a la que la Ley anudaba la paralización de la resolución del contrato por mor de la citada declaración de concurso.

Así pues, el contrato está incurso en la causa de resolución del art. 111.b) TR-LCAP-2000 desde el 9 de noviembre de 2004, fecha de declaración de concurso.

En fin, de la propia legislación contractual resulta que “haber solicitado la declaración de concurso” es causa de prohibición para contratar [art. 20.b) TR-LCAP-2000] que se apreciará de forma “automática” y subsistirá “mientras concurren las circunstancias que en cada caso las determinan” (art. 21.1. *id.*).

Dadas las circunstancias, no parece que la omisión sea relevante, pero en las actuaciones no consta que la contrata haya puesto de manifiesto esa situación concursal ante el órgano de contratación en el momento oportuno, que no fue otro que el de la petición de la declaración concursal, de la realidad de la empresa y del inminente procedimiento concursal que efectos tan radicales produce en la vida del contrato. Aunque tampoco consta el momento en que la Administración tomó razón de ese hecho. Tampoco consta, lógicamente, que ese hecho hubiera sido puesto en conocimiento del avalista, que tomó razón del incidente resolutorio con ocasión de su incoación por incumplimiento del plazo del contrato.

2. Llegados a este punto, no queda más que entrar a conocer el fondo del asunto, que no es otro que determinar la resolución contractual del contrato de referencia.

El órgano de contratación cuenta, entre otras potestades, con la de resolver los contratos adjudicados con los límites, requisitos y efectos que la Ley disponga, constanding la oposición del contratista, lo que determina, justamente, la intervención preceptiva de este Consejo. Aunque, en puridad, el contratista no se opone a la

resolución; sólo que ésta sea tramitada por la causa por la que lo ha sido: incumplimiento del contrato. De hecho, en ningún momento el contratista ha expuesto que ha procedido a la ejecución del contrato en los términos pactados.

De la lectura de las actuaciones se desprende una general desidia de la contrata en cumplir con sus obligaciones, sin que en momento alguno -salvo las peticiones de prórroga- hubiera comunicado a la Administración cualquier clase de incidencia que le impidiera o dificultara la adecuada ejecución de las obras objeto del contrato. Sin contar con el hecho de la no puesta en conocimiento de la Administración de la situación concursal en que se encontraba su empresa, a lo que obligaba ese mismo principio; ni al hecho de la constatación de que había ejecutado modificaciones en el contrato sin haber seguido el oportuno incidente contractual.

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 113.4, 143.2 y 151 TR-LCAP-2000, y demás disposiciones legales concordantes y de acuerdo con la Propuesta de Resolución, procede declarar resuelto el contrato con incautación de la fianza constituida, debiéndose realizar la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas conforme a proyecto, con fijación de los saldos correspondientes, y abrir el procedimiento de determinación de los daños y perjuicios producidos en cuanto excedan de la garantía constituida.

CONCLUSIÓN

Procede informar favorablemente la resolución del contrato de obras de terminación del terreno de lucha de El Escobonal, término municipal de Güímar, adjudicado a la empresa D., S.A., por incumplimiento del plazo de ejecución, con los efectos legales aplicables derivados de dicha resolución.