



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 8 3 / 2 0 0 7

(Sección 2ª)

La Laguna, a 14 de diciembre de 2007.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ilustre Ayuntamiento de la Villa de Agüimes en relación con la ***Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato administrativo de obras adjudicado a la empresa M., S.A., para la ejecución de la obra del Auditorio de Agüimes (Teatro y Escuela de Música). Declaración de la empresa en situación de concurso (EXP. 434/2007 CA)*.***

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ilustre Ayuntamiento de la Villa de Agüimes, es la Propuesta de Resolución, en forma de Acuerdo Plenario, del procedimiento de resolución del contrato administrativo de obra para la ejecución del Auditorio de Agüimes (Teatro y Escuela de Música) que fue adjudicado a la empresa M., S.A., que se ha opuesto tácitamente a la resolución contractual a través de su insistencia en la continuación del contrato.

La legitimación para la solicitud de Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias en relación con el art. 59.3.a), de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, TRLCAP aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y con el art. 109.1.d), de carácter básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque el contratista implícitamente se ha opuesto a la resolución, pues en sus alegaciones manifiesta su voluntad de continuar con el contrato.

* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

II

1.¹

2. El procedimiento ha sido correctamente tramitado, habiéndose otorgado el preceptivo trámite de audiencia al contratista, así como a la Administración concursal, quienes presentaron alegaciones en el plazo conferido al efecto; asimismo consta informe del Servicio Jurídico sobre la resolución del contrato.

No se ha dado audiencia, sin embargo, a los avalistas, pues el art. 109.1 b) del RGLCAP lo exige sólo para el caso de que la Administración se incaute de la garantía. En este caso, la Propuesta de Resolución no contiene pronunciamiento sobre tal incautación, sino más bien al contrario, pues en su fundamento legal X señala que se dará “audiencia a los avalistas en el caso de que se proponga incautación del aval”, mas, no habiéndosele dado tal audiencia, ello implica que no se propone incautación de aval.

3. No obstante, la Propuesta de Resolución que se somete a este Consejo no concluye acerca de si procede o no resolver el contrato, lo que sí cabe deducir de todo su cuerpo argumental, sino que propone acordar la solicitud del presente Dictamen. Tal insuficiencia formal habrá de repararse, sustituyendo la parte resolutive, de modo que donde se acuerda dirigirse a este Consejo se indique que procede resolver el contrato. Este deficiente formato habrá de ser corregido.

III

1. En cuanto al fondo del asunto, hay que señalar que la Administración alega como única causa de resolución del contrato que, estando el contratista en situación de concurso de acreedores, no ofrece las garantías suficientes para continuar la ejecución y terminación de la obra, que se le requieren por la Administración.

El art. 112 TRLCAP, relativo a la aplicación de las causas de resolución, en su apartado 2 preceptúa: “La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, originarán siempre la resolución del contrato (...)”. Y en el párrafo 7 de aquel artículo se añade: “En caso de declaración de concurso, 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 aquélla para su ejecución”.

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

Por ello, puede afirmarse que la Propuesta de Resolución se ajusta a Derecho al acordar la resolución del contrato al amparo de esta causa.

2. Asimismo se deja claro en el Fundamento Jurídico XI de la Propuesta de Resolución que la causa de resolución a la que se acoge la Administración en este caso no es la del incumplimiento culpable de la contratista, sino la declaración de concurso por Auto de 17 de septiembre de 2007 del Juzgado Mercantil. En tal sentido, argumenta la Propuesta de Resolución que si bien es cierto que se ha producido el incumplimiento de los plazos parciales o la demora en el cumplimiento, “los informes a los que se alude en los antecedentes recogidos documentalmente hacen presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total establecido en 21 meses en el contrato”. Sin embargo, también recuerda que “la resolución del contrato será potestativa para la parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diera lugar a la misma” (art. 112.2. párrafo segundo del Texto Refundido).

Este Consejo no puede objetar la anterior argumentación. Ahora bien, resultando cierto que asiste en este caso a la Administración tal facultad de optar entre resolver o no por causa del incumplimiento, es de tener en cuenta, para discrecionalmente acordar una u otra opción, la circunstancia de que de los propios informes obrantes en el expediente se deduce claramente que la contratista es la única responsable del incumplimiento de los plazos de ejecución, de la paralización total de las obras y del abandono de las mismas, todo lo cual podría resultar calificable como incumplimiento culpable por parte aquélla. En su indiscutible facultad de optar por otra causa de resolución del concurso, la Administración consultante podrá valorar los informes que evidencian el incumplimiento de la contratista.

El Consejo de Estado, en varios de sus Dictámenes (entre ellos, los de 14 de julio de 1971, 17 de marzo de 1983, 22 de febrero de 1990 o 27 de junio de 1994), en el supuesto de concurrencia de varias, se muestra favorable a aplicar aquella causa de resolución que se hubiera producido antes en el tiempo. Es también doctrina de aquel Organismo consultivo que una misma resolución no debe basarse en más de una causa, especialmente cuando comporten efectos resolutorios de distinto alcance; así, el Dictamen de 23 de enero de 1992 consideró contrario a Derecho una propuesta basada tanto en la causa del incumplimiento de la empresa contratista como en la posterior suspensión de pagos de la misma, pues sólo en la primera habrá de fundarse la resolución dada su prioridad temporal.

Aplicando tal doctrina del Consejo de Estado, que este Consejo asume, habría que optar en el presente caso por la causa del incumplimiento culpable, por haberse producido antes que la del concurso. No obstante, dado que ni una ni otra causa son de producción automática, sino que la Administración es libre de optar por cualquiera de ellas, e incluso por mantener el contrato, es la decisión discrecional de la Administración la que libremente puede en este caso optar por la más ajustada a las circunstancias en presencia y al interés público.

3. En cuanto a los efectos de la resolución del contrato, señala adecuadamente la Propuesta de Resolución que como consecuencia de la misma habrá de procederse a la constatación y medición de las obras ya realizadas, especificando las que sean de recibo y fijando los saldos a favor o en contra del contratista, siendo necesaria la citación de éste para que comparezca a estos actos si le conviene (arts. 151 TRLCAP y 172 RGLCAP).

No obstante, no se pronuncia la Propuesta de Resolución acerca de la cancelación o devolución de las garantías a la empresa. Según el mencionado art. 113 TRLCAP, en su apartado 5, *“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 constituida”*. En este caso, sin embargo, no existe tal pronunciamiento, que debe realizarse. Además, de optar la Administración por aplicar como causa de resolución también la del incumplimiento culpable, para tal supuesto el art. 113.4 TRLCAP impone la incautación de la garantía; así mismo y por imperativo del mismo precepto, la contratista habría de indemnizar en tal caso a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

Por todo ello, ha de entenderse que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, pues procede resolver el contrato; no obstante, en su formalización habrán de ser atendidas las observaciones incluidas en el Fundamento III del presente Dictamen.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, pues procede resolver el contrato que nos ocupa, si bien habrá de ser corregida conforme a las consideraciones realizadas en el Fundamento III de este Dictamen.