



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 24 de enero de 2008.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato de construcción de 62 viviendas en la parcela P-2, en el barrio de El Polvorín (Expediente número 22/04), suscrito con M., S.A., por declaración del adjudicatario en situación de concurso voluntario (EXP. 28/2008 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, es la Propuesta de Resolución, en forma de Acuerdo plenario, del procedimiento de resolución, a la que se opone en fase de alegaciones la empresa contratista, del contrato administrativo de obra para la "Construcción de 62 viviendas en la parcela P-2 del barrio de El Polvorín", que fue adjudicado a la empresa M., S.A., por Resolución nº 22211/2006, de 12 de julio de 2005, de la Concejalía Delegada del Área de Presidencia y Contratación, formalizándose el contrato 10 de noviembre de 2005.

Por parte de la empresa M., S.A., se inicia la construcción del referido conjunto residencial el 25 de noviembre de 2005, fecha en la que se formaliza el acta de replanteo, con un plazo de ejecución de 20 meses. Con posterioridad, mediante resolución nº 12153/2007, de 8 de mayo de 2007, la Concejalía Delegada del Área de Presidencia y Contratación acuerda aprobar la modificación del contrato de adjudicación de la referida obra, materializándose mediante nuevo contrato de fecha 17 de mayo de 2007, con un plazo de ejecución de 2 meses.

* PONENTE: Sr. Suay Rincón.

La legitimación para la solicitud de Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los art. 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 se ha opuesto a la resolución.

Por otro lado, la solicitud de Dictamen urgente del Consejo Consultivo, prevista en el art. 20.3 de la citada Ley 5/2002, está motivada, como lo exige aquél, en las siguientes razones, que se consideran adecuadas para justificar la urgencia del Dictamen y que se acogen en la solicitud del Dictamen del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, procedentes del informe del jefe del Servicio de Contratación:

“El contrato adjudicado a la empresa M., S.A. para la edificación de 62 viviendas en la parcela P-2, en el barrio de “El Polvorín”, forma parte del Plan de Actuaciones correspondiente al Convenio de Cooperación entre el antiguo Ministerio de Obras Públicas y Transportes, la Comunidad Autónoma de Canarias, el Cabildo de Gran Canaria y este Ayuntamiento (el de Las Palmas de Gran Canaria), para actuaciones relativas a la Comisión Liquidadora del Patronato Provincial de Viviendas.

De los distintos grupos de viviendas promovidos por el Patronato, la mayor parte de ellos fueron objeto de rehabilitación y posterior transmisión a sus adjudicatarios. No fue éste el caso del barrio de El Polvorín, en el que, por las patologías que presentaban las construcciones y la propia urbanización, se optó por su completa reposición. Al día de hoy, las 750 viviendas allí existentes han sido completamente demolidas.

En concreto, respecto al proyecto de 62 viviendas adjudicado a M., el mismo se levanta en el lugar que ocupaban un conjunto de bloques cuya demolición se inició mediante acta de replanteo de fecha 1 de agosto de 2005. Significa esto, que los usuarios de aquellas viviendas esperan desde hace casi tres años para regresar a su barrio, alojándose, mientras tanto, en otras viviendas de alquiler.

Con el objeto de acortar al máximo la provisionalidad en la que viven 62 familias de recursos escasos, adscritas a un Plan de Actuación promovido por el

conjunto de las Administraciones Públicas, se solicita considerar de urgencia la emisión del Dictamen del consejo Consultivo de Canarias”.

II

1. (...)¹

Tal informe es acogido por la Concejala Delegada de la Vivienda, remitiéndose el 14 de noviembre de 2007 al Servicio de Contratación para la realización de los trámites oportunos. Así pues, el Concejal de Gobierno del Área de Hacienda y Economía comparte los razonamientos expuestos por el informe jurídico en Resolución de 20 de noviembre de 2007, señalando, por un lado, que la resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista (art. 151.1 TRLCAP), y, por otro lado, que se ha de notificar y dar audiencia al contratista, obviando en este momento la audiencia a los avalistas, pues no figura determinado en este momento procedimental si procede la incautación de la garantía o no, pues, la incautación de la garantía procederá o no en conjunción con el acaecer del propio expediente concursal (no se sabe a quién son imputables las razones de tal situación, si al empresario, a un acontecer o una evolución desfavorable de los negocios no culpable), de tal manera que si finalmente no hay culpa del empresario no es exigible la incautación de garantía/exigencia de daños y perjuicios (en su caso) (art. 113 RGLCAP. Asimismo se solicita informe jurídico y del Interventor General.

(...)²

Mediante resolución de 3 de diciembre de 2007, del Jefe de Servicio de Contratación, se concede audiencia a la empresa M., S.A. por resolución de contrato a causa de declaración de concurso, que presenta escrito de alegaciones el 2 de enero de 2007. En él se opone a la resolución del contrato por dos razones.

Por una parte, se alega que la resolución por la que se acuerda la concesión del trámite de audiencia sólo hace referencia al informe jurídico de la oficina gestora del contrato, sin que incorpore el texto del mismo, por lo que se entiende que no queda debidamente motivada la propuesta de resolución contractual. Sin embargo, ha de advertirse en este punto que tales alegaciones carecen de fundamento, pues se confunde la Resolución por la que se acuerda la concesión del trámite de audiencia

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

² Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

con la Propuesta de Resolución, que, obviamente es posterior al trámite de alegaciones y a la que se ha de referir la exigencia de motivación, según el art. 89.3 de la Ley 30/1992 en relación con el art. 54 del mismo texto legal. En el trámite de audiencia se ponen a disposición del interesado las actuaciones procedimentales que justifican la posición de la Administración, que no se incorporan al texto de la resolución del trámite de audiencia, que es un escrito de tramitación que no ha de ser motivado. Y lo cierto es que a lo largo del procedimiento se ha explicitado por la Administración que la causa de la resolución del contrato es la declaración concursal de la empresa, siendo potestativo en este caso para la Administración optar por la Resolución, lo que, por otra parte, ha apoyado debidamente en los preceptos aplicables al efecto.

Asimismo M. alega, en su escrito de oposición a la resolución, que el Ayuntamiento mantiene una deuda con la empresa de 1.880.865,67 euros, de los que 1.396.632,03 euros corresponden a la anualidad del 2006, hecho que, entiende M., tiene relación directa con su situación de insolvencia. Se indica, en este sentido, que M. se reserva acciones legales al efecto.

Respecto de esta alegación, ha de precisarse que si ello hubiera supuesto un incumplimiento contractual por parte de la Administración, el contratista debería haber ejercitado los derechos que le correspondían adecuadamente, no siendo ahora el momento de alegar, sin probar, que el impago por la Administración ha influido en su situación de concurso. En este momento, dada la situación concursal del contratista, la Administración podrá ejercitar la opción de resolver el contrato, quedando las posibles deudas que tuviere con el contratista como un efecto de la resolución a determinar en fase de liquidación del contrato y, en su caso, dando lugar a las responsabilidades que procedieran.

Ha de advertirse, en todo caso, que la Administración, en la Propuesta de Resolución, de 14 de enero de 2008, de este procedimiento que somete a Dictamen no se pronuncia adecuadamente en relación con las alegaciones presentadas por M., limitándose a desestimarlas por considerarlas improcedentes sin más. Ahora bien, no basta con ello, pues el art. 89.1 de la Ley 30/1992 exige que la resolución de los procedimientos administrativos decidan todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo. Así pues, deberá la Administración dar contestación adecuada a las alegaciones del contratista.

En la Propuesta de Resolución, se concreta el efecto relativo a la liquidación de las obras, de la resolución del contrato, que se fija en 3.003.765,73 euros a favor de

M., S.A, en concepto de liquidación de obras, conforme a lo dispuesto en el art. 151.1 TRLCAP y del art. 172 RGLCAP. En este punto, hay que aclarar, frente a las alegaciones vertidas por M. en el trámite conferido al efecto para la comprobación, medición y liquidación de las obras, que si bien efectivamente es un acto del procedimiento de resolución que se refiere a los efectos de ésta, una vez producida, lo cierto es que ello no es óbice para que pueda incluirse dentro del expediente de resolución, sin menoscabo de su autonomía funcional. Aunque es materialmente un acto distinto y separado, (art. 172.3 RGLCAP) desplegará sus efectos tras la resolución del contrato (arts. 151 TRLCAP y 172 RGLCAP).

2. El procedimiento ha sido correctamente tramitado, habiéndose otorgado el preceptivo trámite de audiencia al contratista; asimismo, consta informe del Servicio Jurídico sobre resolución del contrato.

No se ha dado audiencia, sin embargo, a los avalistas, pues el art. 109.1.b) RGLCAP lo exige sólo para el caso de que la Administración se incaute de la garantía, mas en este caso la Propuesta de Resolución no contiene pronunciamiento sobre ello, como, por otra parte, se ha justificado a lo largo del procedimiento, pues supedita la incautación de la misma a la determinación judicial de culpabilidad de M. en la incursión en situación concursal, en el expediente concursal, por aplicación analógica del art. 11 RGLCAP, previsto para el caso de quiebra, donde se prevé que, cuando ésta sea culpable o fraudulenta del contratista, llevará consigo la pérdida de la garantía definitiva. Ello lleva a la aplicación del art. 113 del citado Reglamento, pues si el incumplimiento es culpable, dará lugar a indemnización por daños generados a la Administración, y tal consideración, en este caso, dependerá del pronunciamiento judicial acerca de la incursión culpable o no en el concurso. En principio, el no haberse dado aquella audiencia, implica que no se propone incautación de aval, lo que, por otra parte, es adecuado a lo preceptuado en el Reglamento al efecto, al no constar que haya mediado actitud por parte de la empresa contratista que merezca tal medida, pues la declaración de concurso de acreedores se promueve voluntariamente por la empresa (art. 111, *contrario sensu*, RGLCAP), ello, sin perjuicio del pronunciamiento judicial en el procedimiento concursal.

Por otra parte, como se ha indicado antes, en cuanto a la determinación de indemnización a la Administración en lo que exceda de la garantía, si procediera, y aclara que el art. 113 TRLCAP, en su apartado 5, establece 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 constituida". En este caso, sin embargo, no existe tal pronunciamiento, pues pende de la resolución en pronunciamiento judicial de concurso.

III

1. En cuanto al fondo del asunto, hay que señalar que la Administración directamente opta, como le permite el art. 112.2, párrafo segundo, en relación con el art. 112.7 TRLCAP, por resolver el contrato con la empresa M. al estar ésta incurso en situación concursal, sin pedir garantías suficientes para continuar la ejecución y terminación de la obra.

2. Efectivamente, el art. 149 TRLCAP, en relación con el contrato de obras, remite a las causas del art. 111, en cuyo apartado b), se declara como causa de resolución de los contratos la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

Por su parte, el art. 112 TRLCAP, relativo a la aplicación de las causas de resolución, preceptúa en su apartado 2: "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".

Por todo ello, ha de entenderse que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, pues procede resolver el contrato, siendo preceptivo, además, el Dictamen de este Consejo Consultivo al haber oposición a la resolución por parte de la empresa contratista, en cuyas alegaciones manifiesta tal oposición.

3. En cuanto a los efectos de la resolución del contrato, se han planteado adecuadamente en la Propuesta de Resolución, pues, además de establecerse una propuesta de liquidación, se remite, en relación con la cancelación o devolución de las garantías y de la eventual indemnización, al pronunciamiento judicial dictado en el procedimiento concursal, en relación con el carácter culposo o no de la incursión de la empresa en situación de concurso.

En todo caso, sin embargo, la Propuesta de Resolución ha de pronunciarse expresamente sobre el mantenimiento de la garantía, no sólo por la remisión al resultado del procedimiento concursal en los términos expuestos, sino también para

la cobertura que en su caso resulten de las eventuales consecuencias dimanantes de la ejecución del contrato.

Asimismo, como se expresó a lo largo de la exposición de la tramitación del procedimiento en este Dictamen, la Propuesta de Resolución habrá de dar adecuada respuesta a las distintas alegaciones puestas de manifiesto por M., S.A. el 26 de diciembre de 2007.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho. Procede resolver el contrato que nos ocupa en virtud de la causa señalada en la misma, si bien habrá de incorporar los pronunciamientos señalados en el Fundamento III.3 de este Dictamen, así como efectuar la liquidación mediante un acto distinto y separado.