



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 9 5 / 2 0 0 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 13 de marzo de 2008.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato de obras para la construcción de una piscina (tipo 2, piscina básica polivalente), en el término municipal de Santa Úrsula. Declaración del contratista en situación concursal; abandono de la obra (EXP. 64/2008 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife, es la Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato administrativo de obra para la ejecución del proyecto de la piscina básica polivalente tipo 2 en el término municipal de Santa Úrsula, que fue adjudicado a la empresa M., S.A., que se ha opuesto a la resolución contractual.

2. 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 la contratista se ha opuesto a la resolución.

3. El procedimiento ha sido correctamente tramitado, habiéndose otorgado el preceptivo trámite de audiencia a la contratista, a su avalista y a la Administración

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

concurzal. Asimismo, consta informe del Servicio Jurídico sobre la resolución del contrato.

II

1. La Propuesta de Resolución fundamenta la decisión de resolver el contrato en que la contratista ha sido declarada en situación de concurso de acreedores por Auto, de 25 de septiembre de 2007, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria (BOE de 10 de octubre de 2007).

El art. 67.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), establece que los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos administrativos entre el deudor y las Administraciones públicas se regirán por su legislación especial, que está representada actualmente por el citado Texto Refundido y su Reglamento de desarrollo.

Conforme al art. 111.b) TRLCAP, es causa de resolución del contrato la declaración de concurso del contratista. Según el art. 112.2, primer párrafo, TRLCAP, si el concurso ha entrado en fase de liquidación, entonces se ha de proceder a la resolución contractual inexorablemente. Según los arts. 112.2, segundo párrafo y 112.7 TRLCAP, si el concurso no alcanza la fase de liquidación, entonces su declaración dará lugar a la resolución contractual sólo si así lo decide potestivamente la Administración.

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. Sin embargo, se ha de señalar que en varios de los Resultandos de la Propuesta de Resolución se recogen informes de la Dirección facultativa de la obra y de técnicos de la Administración que expresan que la obra se encontraba abandonada, sin causa que lo justificara, desde el 26 de julio de 2007, es decir, con anterioridad a la declaración judicial, de 17 de septiembre de 2007, de concurso de la contratista, abandono de la obra que es admitido expresamente en sus alegaciones por la contratista. No obstante, es la situación de concurso la causa de resolución a la que se acoge la Administración, no a la del incumplimiento culpable 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 causas de resolución, 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, habría que optar en el presente caso por la causa del incumplimiento culpable, por haberse producido antes que la del concurso y porque parece convenir más al interés público, ya que permite la incautación inmediata de la garantía definitiva y la exigencia de indemnización por los daños y perjuicios causados en caso de que su cuantía exceda a la de la fianza. No obstante, dado que ni una ni otra causa producen *ipso iure* la resolución contractual, 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, la Propuesta de Resolución considera que siempre que la causa de resolución sea imputable al contratista se está ante un incumplimiento culpable de éste; por consiguiente, en aplicación del art. 113.4 TRLCAP, propone la incautación de la garantía definitiva.

No se puede compartir este planteamiento por las siguientes razones:

Primera, porque no todas las causas de resolución imputables al contratista implican un incumplimiento culpable como revela el tenor de los arts. 111.a) y 112.5 y 112.6 TRLCAP; y como prueba el hecho de que nuestro Ordenamiento distinga entre concurso fortuito y concurso culpable (arts. 163.2 y 172 LC).

Segunda, porque al imponer el art. 113.4 TRLCAP la incautación de la garantía sólo en los supuestos de incumplimiento calificados como culpables, está reconociendo la existencia de incumplimientos no culpables, y de ahí que el art. 113.5 TRLCAP imponga que el acuerdo de resolución se pronuncie expresamente sobre la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía.

Tercera y decisiva, que corrobora lo acabado de exponer, existe para este supuesto una norma especial, la contenida en el art. 111 RGLCAP, que dispone la

pérdida de la garantía definitiva cuando la situación de concurso del contratista sea declarada culpable o fraudulenta.

La Propuesta de Resolución desecha la alegación al respecto formulada por la entidad avalista con la afirmación de que tal precepto es aplicable a los supuestos de quiebra según el tenor literal del art. 111 RGLCAP, no a los de concurso de acreedores. Esta afirmación pasa por alto que el citado Reglamento General se aprobó en el año 2001, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, la cual supuso la desaparición de la distinción entre quiebra y concurso de acreedores por la supresión de la figura jurídica de la quiebra -como revela la lectura de su disposición derogatoria- y la unificación de todas las situaciones de insolvencia bajo la institución del concurso. Por tanto, la interpretación conjunta del art. 111 RGLCAP y de los arts. 163 y siguientes de la LC, lleva a la conclusión de que la incautación de la garantía procede sólo cuando el concurso haya sido calificado judicialmente como culpable.

Esta conclusión lleva a la siguiente: El pronunciamiento expreso exigido por el art. 113.4 TRLCAP debe condicionar la pérdida fianza y la exigencia de daños y perjuicios si aquélla no alcanzare a cubrirlos, a que el concurso sea considerado culpable por la Sentencia de calificación que eventualmente se dicte en el procedimiento concursal actualmente en tramitación.

Consecuentemente, la fianza constituida se debe mantener inalterada hasta que se verifique la calificación de concurso en sede jurisdiccional y dicha resolución alcance firmeza.

4. La Propuesta de Resolución en su último resultando afirma que el 14 de febrero se realizó en presencia del contratista la comprobación y medición de las obras realizadas a fin de liquidar el contrato; pero no incluye la cuantía de esa liquidación. Por esta razón, el apartado tercero de su parte dispositiva, que aprueba la liquidación del contrato, no expresa su importe. Esta omisión constituye una infracción de los arts. 151.1 TRLCAP y 172 RGLCAP.

C O N C L U S I Ó N

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 II de este Dictamen.