



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 18 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 Tacoronte. Declaración del contratista en situación de concurso; abandono de la obra (EXP. 98/2008 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife, es la Propuesta decisoria del procedimiento de resolución del contrato administrativo de obra para la ejecución del proyecto de construcción de una piscina básica polivalente tipo 2, en el término municipal de Tacoronte, 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.

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

3. El procedimiento ha sido correctamente tramitado, habiéndose otorgado el preceptivo trámite de audiencia a la contratista y a la Administración concursal. Asimismo, consta informe del Servicio Jurídico sobre la resolución del contrato.

4. Contra la Resolución, de 17 de diciembre de 2007, del Consejo de Gobierno Insular del Cabildo de Tenerife, que acordó la iniciación del presente procedimiento, no obstante su carácter de acto de trámite, la contratista ha interpuesto un recurso contencioso-administrativo que se tramita por el procedimiento ordinario en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santa Cruz de Tenerife. Atendiendo a los arts. 34.2 y 36.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), esta circunstancia no es obstáculo a que se dicte el acto administrativo final.

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 General. 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 potestativamente la Administración.

Por ello, *prima facie* 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, a solicitud de la contratista, la Resolución, de 7 de mayo de 2007, del Consejo de Gobierno Insular acordó prorrogar el plazo total de ejecución de las obras, vencido el 6 de abril anterior, por cuatro meses con efectos desde el mencionado día 6 de abril de 2007, con que el término de dicho plazo se situó en el día 6 de agosto de 2007. Llegado este día, la obra estaba sin

concluir (sólo se había ejecutado un 59,11 del presupuesto de adjudicación) y abandonada desde el 31 de julio de 2007 por la contratista que, a la vista de lo actuado en el expediente tramitado, no consta que hubiese adoptado medidas para impedir el acceso incontrolado de personas a la obra ni para impedir el deterioro por agentes atmosféricos de elementos estructurales sin revestir. En su escrito de oposición a la resolución contractual, la contratista reconoce la no conclusión y paralización de la obra.

Los contratos administrativos son siempre contratos con plazo determinado (art. 95.1 TRLCAP). En ellos el plazo es un elemento de especial relevancia como pone de manifiesto el hecho de que la constitución en mora del contratista no requiera intimación previa de la Administración (art. 95.2 TRLCAP), y que su incumplimiento o el riesgo de incumplimiento faculte a la Administración bien para imponer penalidades al contratista, bien para resolver el contrato (art. 95.3 a 6 TRLCAP).

El transcurso del plazo pactado sin haber concluido las obras supone incumplimiento del contrato. El mero vencimiento del plazo sin que la prestación del contratista esté realizada, salvo que se esté en el caso de suspensión de cumplimiento del objeto del contrato motivado por demora en el pago del precio por la Administración en término superior a cuatro meses y cumplimiento de las formalidades previstas en el art. 99.5 TRLCAP, implica concurrencia de causa de resolución contractual. En consecuencia, en tal supuesto, la Administración está facultada para resolver el contrato, incautar la garantía y exigir los daños y perjuicios causados en lo que excedan del importe de la garantía [arts. 95.111.e) y 113.4 TRLCAP].

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 que se fundamentaba tanto en la causa del incumplimiento de la empresa contratista, como en la posterior suspensión de pagos de la misma, ya que sólo en la primera habrá de basarse la resolución contractual pretendida dada su prioridad temporal.

Aplicando tal doctrina del Consejo de Estado, pudo haberse optado en el presente caso por la causa de resolución concurrente de haber transcurrido el plazo pactado sin haber concluido las obras, 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.

La Propuesta de Resolución, en su segundo Considerando, afirma “(...) *existe una suspensión de las obras por causa imputable al contratista, concurriendo, por tanto, dos causas de resolución (...)*” (el concurso y la suspensión de las obras); mas, a continuación, en contradicción con la constatación de la existencia de dos causas de resolución, dice que ni el Texto Refundido ni su Reglamento General contienen “(...) *ningún precepto que habilite a la Administración para resolver el contrato, sin más, por la paralización o suspensión de las obras por el contratista por plazo de varios meses*”.

Esta consideración no es exacta, porque aquí se está ante un incumplimiento del plazo total, el cual está contemplado expresamente como causa de resolución por el art. 95.3 TRLCAP y por la Cláusula 31ª del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) del contrato.

Independientemente de ello, ante las afirmaciones de este Considerando, no se puede dejar de recordar que el art. 95.5 *in fine* TRLCAP faculta a la Administración a resolver el contrato cuando la demora del contratista en el cumplimiento de los plazos parciales haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total. Esto significa que la Administración puede resolver el contrato ante incumplimientos parciales si la índole y circunstancias de éstos constituyen indicios sólidos que permiten sustentar una presunción razonable de la imposibilidad del cumplimiento del plazo total.

Además, el art. 95.5 TRLCAP permite que el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato habilite a la Administración a resolver éste ante el incumplimiento por el contratista de los plazos parciales; lo cual sucede en el presente caso, ya que la citada cláusula 31ª estipula que el contratista queda obligado al cumplimiento estricto del plazo total y de los plazos parciales y que, cuando la demora en su cumplimiento fuera imputable al contratista, el Cabildo podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades en la cuantía allí fijada.

En resumen, si la razón de fundamentar la resolución contractual en la declaración de concurso se debe a la creencia en la imposibilidad de basarla en el incumplimiento del plazo total, no existiendo tal imposibilidad, la resolución contractual debió fundamentarse en el abandono de la obra y consiguiente incumplimiento del plazo total.

Con todo, dado que ni el incumplimiento del plazo total ni la declaración de concurso 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, el décimo considerando de la Propuesta de Resolución expresa que siempre que la causa de resolución sea imputable al contratista se está ante un incumplimiento culpable de éste lo cual "(...) determina necesariamente 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 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. Es cierto que el art. 111 RGLCAP se refiere a la quiebra, pero hay que reparar en que el 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. Esta es la solución por la que, en contradicción con el Considerando décimo, opta el segundo apartado de la parte dispositiva de la Propuesta de Resolución.

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. El apartado cuarto de la parte dispositiva de la Propuesta de Resolución reza textualmente así: *“Fijar en (...) la cantidad correspondiente a la indemnización de los daños y perjuicios”*.

Este apartado es reparable por las siguientes razones:

Primera, porque no se ha practicado en el presente procedimiento ninguna actuación dirigida a determinar y cuantificar los daños causados a la Administración.

Segunda, porque este Consejo Consultivo no puede dictaminar favorablemente extremos en blanco de una Propuesta de Resolución (art. 22.1 de su Ley reguladora). Un Dictamen de legalidad, que como tal debe ser total, no puede hacer valoraciones jurídicas sobre el vacío.

Tercera, porque la indemnización por daños y perjuicios a la Administración por resolución contractual únicamente procede cuando es originada por incumplimiento culpable, el cual sólo se da, cuando la causa de resolución es el concurso, si éste es calificado judicialmente como culpable, lo cual no se ha producido en el presente caso; y porque la decisión de exigir esa indemnización debe acreditar los daños efectivamente producidos y su cuantía y sólo puede dictarse después de haber dado audiencia y trámite de prueba al contratista acerca de la realidad, existencia y valoración de esos daños (arts. 113.4 TRLCAP y 113 RGLCAP).

5. Según los arts. 151.5 TRLCAP y 172 RGLCAP la liquidación de las obras ejecutadas se ha de notificar al contratista al mismo tiempo que el Acuerdo de

resolución; por consiguiente, no hay obstáculo a que éste incluya esa liquidación. Pero, según el art. 151.5 TRLCAP, sólo después de la notificación de ésta se puede acordar la continuación de las obras, para lo cual es necesario tramitar el correspondiente expediente, ya que el art. 72 TRLCAP únicamente permite que se prescinda de éste en los supuestos de catástrofes, graves peligros o necesidades militares, que no se dan aquí. Por otro lado, los procedimientos preparatorios de la contratación y de la adjudicación son distintos, por su naturaleza, fines y trámites, del procedimiento de resolución contractual, como revela una somera comparación entre los arts. 67 y siguientes del TRLCAP y 111 y siguientes del mismo y de los concordantes preceptos del Reglamento General. El acto administrativo decisorio de un procedimiento de resolución contractual no puede aprobar un expediente de contratación ni ordenar la apertura de un procedimiento negociado sin publicidad, máxime cuando no se ha realizado ninguna de las actuaciones que exige la formación de un expediente de contratación ni se ha justificado, como exige el art. 141.c) TRLCAP, por qué no es posible acudir al procedimiento de urgencia. Por todas estas razones, no se consideran ajustados a Derecho los apartados quinto a séptimo de la parte dispositiva de la Propuesta de Resolución.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera conforme a Derecho en el extremo en que acuerda la resolución contractual por declaración de concurso. Los apartados cuarto a séptimo de su parte dispositiva se reparan en base a las consideraciones reflejadas en el Fundamento II, apartados 3 y 4, de este Dictamen.