



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 0 2 / 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 la piscina (tipo 2, piscina básica polivalente de remodelación), en el término municipal de Güímar. Declaración concursal del contratista; abandono de la obra; incumplimiento de obligación esencial (EXP. 99/2008 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 decisoria del procedimiento de resolución del contrato administrativo de obra para la ejecución del proyecto de piscina básica polivalente de remodelación tipo 2 en el término municipal de Güímar, 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.

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 en varios 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 agosto 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 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, 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 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 el 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, sin que ello determine, al mismo tiempo, incumplimiento del plazo total de ejecución previsto en el contrato".

Esta consideración no es exacta ya 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 cláusula 31ª del pliego 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 definitiva, 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 de los plazos parciales, no existiendo tal imposibilidad, la resolución contractual debe fundamentarse en el abandono de la obra y consiguiente incumplimiento de los plazos parciales.

Por otro lado, es obvio que la obligación esencial del contratista de una obra es la ejecución de ésta conforme al proyecto y sin vicios [arts. 143 y 147.2 TRLCAP, art. 3.1.b) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, LOE, cláusula 20ª del pliego]. En el Resultando sexto de la Propuesta de Resolución, se recoge el informe de la Dirección facultativa que expresa que el abandono de la obra ha determinado que el vaso de la piscina, que tenía que ser hormigonado con continuidad, se haya ejecutado a medias lo cual origina el riesgo de aparición de graves vicios estructurales de difícil y costosa eliminación, por lo cual propone la adopción urgente de medidas preventivas. Un abandono de la obra por el contratista que genera el riesgo de la aparición de vicios estructurales de esa gravedad sin que aquél haya adoptado las medidas preventivas que conjuren ese riesgo, constituye el incumplimiento de la obligación esencial que le imponen al contratista los arts. 143 y 147.2 TRLCAP y, por ende, determina la concurrencia de la causa de resolución tipificada en el art. 111.g) TRLCAP, lo cual debió ser considerado oportunamente en este procedimiento de resolución contractual.

Con todo, dado que ni el incumplimiento de los plazos parciales 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, 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 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 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.

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 II de este Dictamen.