



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 679/2010

(Sección 1ª)

La Laguna, a 30 de septiembre de 2010.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Bienestar Social, Juventud y Vivienda en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato administrativo de obras para la ejecución del Proyecto "Construcción de 40 Viviendas de Protección Oficial, Promoción Pública", en Gran Tarajal, término municipal de Tuineje, isla de Fuerteventura (EXP. 631/2010 CA)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Consejera de Bienestar Social, Juventud y Vivienda del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución del contrato administrativo de obras para la ejecución del Proyecto "Construcción de 40 viviendas de Protección Oficial, Promoción Pública" en Gran Tarajal, término municipal de Tuineje (Fuerteventura).

La legitimación para la solicitud de Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión 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. 195.3.a), de carácter básico, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y con el art. 109.1.d), también 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.

---

\* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

## II

1. Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento de resolución contractual son los siguientes:

Mediante Resolución del Presidente del Instituto Canario de la Vivienda de 20 de mayo de 2009 se adjudicó definitivamente a la entidad A.C.I., S.L.U., mediante procedimiento abierto, el contrato administrativo de referencia.

El contrato fue formalizado en la misma fecha en documento administrativo.

De conformidad con lo establecido en la Cláusula 9 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, la cláusula tercera del contrato suscrito estableció un plazo de ejecución de las obras de 24 meses desde el inicio de las mismas.

Con fecha 27 de mayo de 2009 se levantó el Acta de comprobación de replanteo, por lo que las obras debían iniciarse al día siguiente, expirando el plazo de ejecución el 28 de mayo de 2011.

Con fecha de 10 de julio de 2009 se notifica a A.C.I., S.L.U. escrito del Jefe del Servicio de Promoción Pública de 8 de julio de 2009, mediante el que se requiere el inicio inmediato de la ejecución de las obras, dado que a la fecha citada no se había acometido unidad de obra alguna, apercibiéndosele de que, en caso contrario, se procedería a la tramitación del oportuno expediente de resolución contractual por causa imputable a la empresa contratista.

El 15 de julio de 2009 la entidad presenta escrito en el que alega que no ha podido dar comienzo a la ejecución de las obras debido a que se han solicitado a U., T.E., S.A., Consorcio de Abastecimiento de Aguas de Fuerteventura y al Ayuntamiento de Tuineje información correspondiente sobre los servicios y suministros susceptibles de ser afectados por las indicadas obras, no habiendo recibido hasta esa fecha, según manifiesta, contestación alguna por parte del Consorcio de Abastecimiento de Aguas de Fuerteventura y del Ayuntamiento de Tuineje.

Con fecha 14 de septiembre de 2009 se notifica a la citada entidad nuevo requerimiento del Jefe del Servicio de Promoción Pública, de fecha 9 de septiembre de 2009, mediante el que se le informa que, tanto por parte del Consorcio de Abastecimiento de Aguas de Fuerteventura, como del Ayuntamiento de Tuineje, se ha comunicado a los técnicos del Instituto Canario de la Vivienda que no existe problema alguno con los servicios y suministros susceptibles de ser afectados por la ejecución del contrato de referencia. Además, se considera que la falta de respuesta por parte de tales entidades, alegada por la empresa, no supone impedimento alguno

para iniciar la ejecución de las obras, por lo que se les conmina a que dicha ejecución comience de inmediato.

En fecha de 14 y 17 de septiembre de 2009 se emiten por parte del Consorcio de Abastecimiento de Aguas de Fuerteventura y del Ayuntamiento de Tuineje, respectivamente, los informes solicitados por la empresa contratista relativos a los referidos servicios y suministros susceptibles de ser afectados por las obras de referencia.

El 14 de octubre de 2009 se emite nuevo informe por el arquitecto Director de las obras en el que se hace constar que las mismas no han dado comienzo, señalando que por parte de la empresa contratista ni se han puesto en contacto con el informante a tal fin, ni se ha llevado a cabo el oportuno vallado de la parcela en cuestión.

Asimismo, el técnico adscrito a la Sección de Seguimiento de Obra Nueva del Servicio de Promoción Pública, emite informe en el que confirma los términos del antes mencionado informe y en el que indica que la situación referida ha producido una importante demora en el cumplimiento del plazo de ejecución del contrato por parte de la empresa contratista, la cual ni siquiera ha procedido a presentar su propio programa de trabajo

Con fecha de 22 de enero de 2010 se emite nuevo informe por el antes citado técnico en el que se constata que, a la indicada fecha, ocho meses después de suscribirse el acta de comprobación de replanteo, las obras no se han iniciado y se ha perdido todo contacto con la empresa contratista, tanto por escrito como telefónicamente. Y se observa que, dadas las circunstancias, es inviable que por la citada empresa se dé cumplimiento al plazo de ejecución del contrato de referencia.

2. Con estos antecedentes, por Resolución de la Presidencia del Instituto Canario de la Vivienda de 25 de enero de 2010 se acuerda la incoación del expediente de resolución del contrato administrativo de obras de referencia, por demora en el cumplimiento de los plazos imputable al contratista, de conformidad con lo previsto en el art. 206.e) de la Ley 3012007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en el que por cierto se hace particular referencia al art. 96.2.d) de dicha Ley.

Constan seguidamente las siguientes actuaciones en el procedimiento resolutorio.

El 29 de enero de 2010 se notifica a la contratista la Resolución del día 25 anterior, presentando ésta escrito con fecha de 5 de febrero de 2010 en el que alega que se encuentra en situación concursal voluntaria; circunstancia que ha motivado que no se pudiera iniciar la ejecución de la obra, puesto que estaba pendiente que por el Juzgado competente se dictara el oportuno Auto declarando la situación referida y nombrando a los Administradores. Afirma, asimismo, que, una vez superada la situación antedicha, se encuentra en condiciones de poder iniciar y ejecutar la obra adjudicada, invocando el carácter potestativo para la Administración de la resolución contractual en el período anterior a la apertura liquidación en caso de declaración de concurso, según establece el art. 207.5 LCSP.

A la vista de las alegaciones formuladas por el contratista, con fecha de 10 de febrero de 2010 se le requiere a fin de que aporte copia del auto de declaración de concurso, nombramiento de administradores concursales y aceptación por parte de los mismos de sus cargos.

Y el 19 de febrero de 2010 se aporta por aquella copia del Auto dictado con fecha de 18 de noviembre de 2009 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria, en el concurso ordinario nº 391/2009, declarando A.C.I., S.L.U. en concurso de carácter voluntario y nombrando a los administradores del mismo, así como del acta de aceptación de sus cargos por parte de los afectados de 15 de enero de 2010.

Con fecha de 7 de abril de 2010 se emite por el Jefe del Servicio de Promoción Pública informe relativo a las alegaciones presentadas por la empresa contratista. En dicho Informe se observa que, habida cuenta que las obras objeto de contratación no han sido iniciadas por A.C.I., S.L.U., como quiera que las mismas tienen un plazo de ejecución de 24 meses, no existen garantías suficientes de que se cumpla ese plazo por la empresa antes de que se proceda, eventualmente, a la apertura de la fase de liquidación del concurso declarado el 18 de noviembre de 2009; momento en el que la resolución contractual ya no sería potestativa para la Administración contratante, sino que, tal y como dispone el art. 207.2 LCSP, ha de acordarse obligatoriamente, produciéndose entonces graves perjuicios económicos para el Instituto Canario de la Vivienda y un grave retraso importantísimo en la construcción y adjudicación de las citadas viviendas.

A la luz del Informe antedicho, el 14 de mayo de 2010 se formula por el Director del Instituto Canario de la Vivienda Propuesta de Resolución para declarar resuelto el contrato de ejecución de las obras de referencia por la causa prevista en el art.

206.b) LCSP, proponiéndose, además, la devolución de la garantía definitiva constituida por la empresa contratista. Esta Propuesta se notificó el 24 de mayo de 2010 a la empresa adjudicataria, así como a los administradores concursales.

El 4 de junio de 2010 la entidad contratista presenta escrito el que se solicita el archivo del expediente de resolución contractual. Así, entiende que tanto la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), como el art. 4 del Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril, de Medidas para el Impulso de la Recuperación Económica y el Empleo, o el art. 207.5 LCSP tienen como objetivo favorecer el mantenimiento de la vigencia de los contratos administrativos suscritos por las empresas en el supuesto de que estas devengan en situación concursal, por lo que ha de posibilitársele el continuar con la ejecución del contrato de obras de referencia, en orden precisamente a no dejarla vacía de actividad y forzar, por ende, que entre en fase de liquidación.

Además y en esta línea, alega que, manteniéndose el contrato de obras, se le permitiría acogerse a lo previsto en el art. 209.2 LCSP, en la redacción operada por el ya citado art. 4 del Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril, cediéndolo a una tercera empresa y, con ello, evitando un nuevo proceso de adjudicación.

Finalmente, solicita una reunión con los representantes de la Administración contratante al objeto de, según expresa literalmente, "alcanzar un acuerdo ventajoso para todas las partes"; lo que considera evitaría la interposición de un incidente mercantil de los previstos en el art. 61.2 LC, al entender que ésta es la única forma posible de resolución contractual una vez declarado el concurso.

Este escrito de alegaciones se encuentra visado y suscrito por dos de los tres administradores concursales.

Consta seguidamente en el expediente la solicitud y emisión del Informe del Servicio Jurídico y la solicitud de Dictamen a este Consejo Consultivo.

3. A la vista de las actuaciones practicadas, procede considerar que el procedimiento ha sido tramitado correctamente en cuanto a sus imprescindibles trámites. Así, se ha otorgado audiencia al contratista tanto en relación con la Propuesta inicial, como en la que la sustituye, alterando la causa resolutoria aplicada, tras las primeras alegaciones de la empresa, por lo que desde esta perspectiva no se le causa indefensión.

Además, se ha recabado Informe del Servicio Jurídico y la Propuesta resolutoria del procedimiento contractual tramitado cumple las exigencias de contenido del art.

89 LRJAP-PAC, sin ser preciso dar audiencia al avalista o asegurador al no proponerse la incautación de la garantía prestada.

### III

1. Sin embargo, de acuerdo con la Doctrina constante de este Organismo en materia de resolución contractual, en línea con la producida al respecto por el Consejo de Estado, procede advertir que, cuando en un supuesto de resolución contractual se plantean dos o más posibles causas resolutorias, ha de atenderse y resolverse la que primero se alega o, en su defecto, la que eventualmente se produce primero en el tiempo, sin perjuicio de que, decidida en su caso la inaplicación de dicha causa, se pueda alegar a continuación otra siempre que sea con conocimiento de la interesada, como aquí ha ocurrido.

En este sentido, aunque no se genera indefensión a la contrata por la alteración de la causa de resolución a aplicar acordada por la Administración, lo cierto es que no se ha resuelto la inaplicación de la primeramente alegada, prevista en el art. 206.e) LCSP, con los efectos que comporta, particularmente en relación con la garantía prestada por la contrata, en relación con eventuales daños y perjuicios generados por la demora producida. Además, esta circunstancia se utiliza por la Administración para justificar la improcedencia de que se continúe con el contrato, siendo la causa de resolución, ahora, la contemplada en el art. 206.b), en conexión con lo dispuesto en el art. 207.5 de la misma Ley.

Precisamente, vista la documentación disponible en el expediente remitido, singularmente los informes del Instituto Canario de la Vivienda y las alegaciones de la contrata, pudiera cuestionarse la afirmación de que la terminación de la obra no podrá producirse antes de que se iniciare la fase de liquidación del concurso declarado, pues podría suceder que aquella no llegara a producirse o lo hiciese después de ejecutarse el contrato.

Pero son hechos indudables, admitiéndolos en realidad la propia empresa, tanto que se ha demorado durante meses, con desconocimiento primero de la Administración inicialmente o alegando la contrata motivos improcedentes al efecto luego, el inicio de las obras, siendo por ello inmediatamente aplicable el art. 96.2.d) LCSP, como que la demora en la ejecución supone que no podrá cumplir el plazo de ejecución del contrato, no estando la obra terminada a los 24 meses a partir de su debido inicio, con consiguiente aplicación del art. 196.6 de dicha Ley.

2. No obstante lo antes expuesto y en cuanto a la causa que, finalmente, se acoge en la Propuesta de Resolución del procedimiento, habiendo sido la contratista declarada en concurso de acreedores por el Auto antes mencionado, ha de observarse ante todo que el art. 67.1 LC establece que los efectos de la declaración de concurso en los contratos administrativos entre el deudor y las Administraciones públicas se regirán por su legislación especial, la cual es justamente la LCSP.

Pues bien y como se adelantó, conforme al art. 206.b) LCSP la declaración de concurso del contratista es causa de resolución de los contratos administrativos. Sin embargo, es cierto que, a la luz del art. 207.5 de la propia Ley tal causa no es, necesariamente, de aplicación inmediata.

Así, dispone en efecto que la Administración, potestativamente, continuará el contrato si el contratista afectado prestare las garantías suficientes para su ejecución a juicio de aquélla, mientras que el apartado 2 del mismo precepto establece que la apertura de la fase de liquidación en el procedimiento concursal dará lugar siempre a la resolución del contrato.

En el presente caso y según se ha razonado previamente, el órgano competente para resolver considera acreditado, con base en la información emitida, que, dada la gran demora en la ejecución del contrato, no habiéndose indudablemente iniciado las obras por la contrata, no hay garantía de que terminen en plazo o antes de que se produzca la apertura de la fase de liquidación del concurso declarado el 18 de noviembre de 2009, momento en el que la resolución contractual es obligatoria. Por eso, es pertinente para el interés público, en general, y para garantizar el cumplimiento de las competencias y objetivos del Instituto Canario de la Vivienda, en particular, optar por la resolución contractual en el momento actual, sin más demora.

Desde luego, la declaración de concurso es causa de resolución del contrato (art. 206.b) LCSP) y, sin duda, aquí existe tal declaración y, por tanto, es aplicable la referida causa, aunque debe tenerse en cuenta lo previsto en el art. 207.5 de la misma Ley, aquí aplicable al no haberse producido la apertura de la fase de liquidación.

Ciertamente, es potestativo para la Administración continuar con el contrato, pero cabría argüir que su decisión no es absolutamente discrecional en cuanto que la contrata puede presentar garantías para la ejecución que han de ponderarse. Sin

embargo, la suficiencia de éstas ha de estimarla la Administración, aunque fuese motivadamente.

Y, en este caso, la Administración motiva y razona pertinentemente que, existiendo sin duda perjuicio para el interés público actualmente, la empresa no ha prestado garantías suficientes no sólo para eliminar el riesgo de que se acreciente aquél por la real posibilidad de que entre en liquidación, sino en cualquier caso para finalizar la obra en plazo o aun con cierta demora, dada su situación desde hace tiempo.

3. Por último, es correcto que en este supuesto se proponga la devolución de la garantía, de acuerdo con lo previsto en el art. 208.5 LCSP, pues sólo procede su pérdida cuando el concurso que supone la causa de resolución contractual hubiera sido declarado culpable.

No obstante, distinto sería que la causa de resolución, de aplicación preferente en su caso, fuese la demora en el inicio de la ejecución del contrato o en la terminación de las obras, pues entonces sólo puede devolverse si se justificare que el incumplimiento del contratista no es culpable. Así, de lo contrario la garantía ha de servir, en la cantidad que procediere, para cubrir la indemnización que la contrata deberá abonar a la Administración (art. 208.4 LCSP).

## C O N C L U S I Ó N

Procede la resolución del contrato de referencia propuesta, aunque en los términos expresados en este Dictamen.