



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 3 8 / 2 0 1 2

(Sección 2ª)

La Laguna, a 8 de octubre de 2012.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio de la Orden Departamental de la extinta Consejería de Turismo nº 281, de 28 de agosto de 2008, por la que se resuelve el contrato suscrito con la empresa M., S.A. para la ejecución de la obra "Acondicionamiento de Márgenes Carreteras LZ-46 y LZ-56, Accesos a la Ermita de Los Dolores, T.M. de Tinajo, Isla de Lanzarote" (EXP. 384/2012 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado el 6 de agosto de 2012 (RE 3 de septiembre de 2012) por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, es el Proyecto de Resolución formulado en el procedimiento de revisión de oficio de la Orden Departamental de la extinta Consejería de Turismo nº 281, de 28 de agosto de 2008, por la que se resuelve el contrato suscrito con la empresa M., S.A. para la ejecución de la obra "Acondicionamiento de Márgenes Carreteras LZ-46 y LZ-56, Accesos a la Ermita de los Dolores, T.M de Tinajo, isla de Lanzarote", iniciado a instancia de interesado por entender que concurre la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el art. 62.1, apartados a), e) y f) de la Ley 30/1992 (LRJAP-PAC), si bien acaba concretándose sólo en la causa e).

2. La legitimación del Presidente del Gobierno para solicitar el Dictamen, la competencia de este Consejo para emitirlo y su preceptividad resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación, el primer precepto, con el art. 102.1 y 2, de carácter básico, de la Ley

* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común.

3. La legitimación de A.N.M. para solicitar la revisión de oficio viene dada por acreditarse en el expediente la concurrencia de un interés legítimo individual en el procedimiento, según los términos del art. 31.1.a) de la Ley 30/1992, al ser avalista de M., S.A. frente a las obligaciones asumidas por esta entidad con S., S.G.R., avalista de la adjudicataria.

II

1. Los antecedentes que han dado origen a este procedimiento de revisión de oficio son los siguientes:

- El 7 de junio de 2007, por medio de Orden Departamental de la extinta Consejería de Turismo nº 217, se adjudica a la entidad mercantil M., S.A. el contrato para la ejecución de la obra "Acondicionamiento de Márgenes Carreteras LZ-46 y LZ-56, Accesos a la Ermita de los Dolores, T.M. de Tinajo, isla de Lanzarote".

- El 17 de agosto de 2007 se suscribe el citado contrato.

- El 27 de septiembre de 2007 se levanta acta de comprobación de replanteo de la obra objeto del contrato, no compareciendo la empresa adjudicataria, que, el 26 de septiembre de 2007, remite a la Dirección General de Infraestructura Turística fax en el que comunica su inasistencia a dicho acto por haber solicitado declaración concursal voluntaria.

- Así, 23 de noviembre de 2007, la Dirección General de Infraestructura Turística recaba del Juzgado de lo Mercantil nº 1, información relativa al Procedimiento Concursal instado por la entidad mercantil M., S.A., comprobándose que por ésta se interpuso, el 27 de julio de 2007, ante el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Las Palmas de Gran Canaria, solicitud de concurso de acreedores voluntario, dictándose el 17 de septiembre de 2007, en el Procedimiento Concursal nº 23/2007, Auto por el que *"Se declara el concurso voluntario de M., S.A. que se tramitará por el procedimiento ordinario (...). La deudora conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometidas éstas a la intervención de los administradores concursales mediante su autorización o conformidad (...)"*.

- El 29 de abril de 2008 se emite nuevo Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria por el que se acuerda *"Suspender a la concursada M., S.A. y por tanto a sus administradores sociales, en el ejercicio de las facultades de*

administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituidos por los administradores concursales”.

- El 28 de agosto de 2008, se dicta Orden Departamental de la extinta Consejera de Turismo nº 281, por la que se dispone resolver el contrato, así como retener la garantía definitiva depositada por M., S.A. hasta tanto recaiga pronunciamiento judicial que califique el concurso, ordenando, asimismo, que por parte del Servicio de Infraestructura Turística de la Dirección General de Infraestructura Turística se valoren y cuantifiquen los daños causados al interés público como consecuencia de la inejecución total del contrato. Ello se notifica a la Administración Concursal de M., S.A, el 12 de septiembre de 2008, y a su avalista, la entidad S., S.G.R. el 18 de septiembre de 2008.

III

1. El presente procedimiento de revisión de oficio se inicia como consecuencia del escrito presentado el 19 de enero de 2012 por A.N.M., en su propio nombre, por el que se solicita la revisión de oficio de la Orden Departamental de la extinta Consejería de Turismo nº 281, de 28 de agosto de 2008.

El escrito de solicitud se fundamenta en las causas de nulidad del art. 62.1, a), e) y f) de la Ley 30/1992, si bien se centra en la causa del apartado e) esto es, la ausencia de procedimiento, al asimilar a ello el haberse tramitado por medio de procedimiento diferente al procedente, manteniendo el interesado que no procedía la resolución del contrato de obra con retención de la garantía definitiva hasta tanto se califique el concurso en que se encuentra la adjudicataria, sino la declaración de nulidad de pleno derecho de la adjudicación y del contrato de obra con la correspondiente devolución de la garantía definitiva.

Se argumenta por el interesado que ha quedado acreditado en el expediente, por un lado, que en el momento de la adjudicación del contrato de obra, el 7 de junio de 2007, la mercantil M., S.A. no cumplía con los requisitos legales de solvencia exigidos a fin de poder contratar con la Administración, resultando por tanto, dicha adjudicación nula de pleno derecho, de conformidad con los artículos 22 y 62 b) puesto que apenas un mes y medio después de la adjudicación, el 27 de julio de 2007, fue presentada la demanda de concurso voluntario de acreedores ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria. Por otro lado, que tres semanas después de la presentación de la demanda de concurso de acreedores por

parte de M., S.A., de fecha 27 de julio de 2007, concretamente el 17 de agosto de 2007, tras la remisión de la garantía original, el Organismo Público y la entidad M., S.A., suscribieron el preceptivo Contrato de Obra, incurriendo en ese momento la Constructora en la causa de prohibición para contratar, prevista en el art. 20, b) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, siendo por tanto nulos de pleno derecho tanto la adjudicación como el posterior contrato de obra.

2. Por otra parte, a lo largo de este procedimiento constan las actuaciones requeridas legalmente, habiéndose evacuado los informes exigibles, así como otorgado trámite de audiencia al interesado.

Constan, pues, los siguientes trámites:

1) A.N.M. presenta escrito de 19 de enero de 2012 por el que se solicita la revisión de oficio de la Orden Departamental de la extinta Consejería de Turismo nº 281, de 28 de agosto de 2008, por la que se resuelve el contrato suscrito con la empresa M., S.A. para la ejecución de la obra "Acondicionamiento de Márgenes Carreteras LZ-46 y LZ-56, Accesos a la Ermita de los Dolores, T.M de Tinajo, isla de Lanzarote".

2) Por Resolución nº 74/2012, de 7 de mayo, del Viceconsejero de la Presidencia, se admite a trámite la solicitud referida, notificándose a los interesados en el procedimiento a efectos de la realización de las alegaciones oportunas.

3) El 17 de mayo de 2012 se presenta escrito de alegaciones por A.N.M. en el que se ratifica en lo expuesto en su escrito de solicitud.

4) Estimándose conforme a Derecho por el informe del Servicio Jurídico de 23 de julio de 2012 el contenido de la Propuesta de Resolución, desfavorable a la RO, ésta es sometida a Dictamen de este Consejo el 6 de agosto de 2012.

IV

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución sometida a Dictamen de este Consejo Consultivo, viene a señalar:

"(...) los contratos se perfeccionan mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquiera que sea el procedimiento o la forma de adjudicación utilizados, todo ello a tenor de lo dispuesto en el artículo 53 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (TRLCA) (...).

En el momento de adjudicación definitiva del contrato de obra, esto es, el 7 de junio de 2007, la empresa adjudicataria M., S.A., no estaba incurso en ninguna de las prohibiciones de contratar establecidas en el artículo 20 del TRLCAP, y específicamente, dado lo mantenido en la revisión de oficio instada, en la circunstancia prevista en el apartado b) del referido artículo 20 del TRLCAP, modificado por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal consistente en "Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, estar sujetas a intervención judicial o haber sido inhabilitadas conforme a la Ley Concursal sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia ele calificación del concurso.

(...) Habiéndose interpuesto por la empresa contratista con fecha 27 de julio de 2007 ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria solicitud de concurso de acreedores voluntario, dictándose con fecha 17 de septiembre de 2007 en el Procedimiento Concursal nº 23/2007, Auto del mentado Juzgado de lo Mercantil nº por el que «Se declara el concurso voluntario de M., S.A., que se tramitará por el procedimiento ordinario», es manifiesto que la empresa adjudicataria incurrió de forma sobrevenida en la causa de prohibición de contratar con la Administración regulada en el artículo 20.b) del TRLCAP (...).

El hecho de incurrir de forma sobrevenida a la adjudicación del contrato en causa de prohibición de contratar al haber solicitado la entidad M., S.A., la declaración concursal voluntaria con posterioridad a la adjudicación y perfección del contrato de obra, solicitud admitida mediante Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria con fecha 17 de septiembre de 2007 por el que "Se declara el concurso voluntario de M., S.A. , que se tramitará por el procedimiento ordinario", constituye causa de resolución del contrato conforme a lo previsto en el artículo 111.b) del TRLCAP, modificado por la Ley Concursal 2212003, de 9 de julio, que incluye entre dichas causas «la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento» en relación con la Cláusula 31 del correspondiente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares".

2. Pues bien, entendemos que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, no procediendo la nulidad de la resolución que se revisa, en virtud de los mismos argumentos expresados en ella. Y es que, como señala acertadamente la Propuesta de Resolución, es indubitado, ex art. 53 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo

2/2000, de 16 de junio, (TRLCA), y la jurisprudencial del Tribunal Supremo citada por la propia Propuesta de Resolución, que los contratos administrativos se perfeccionan mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, que es el momento en el que debe juzgarse la capacidad para contratar del adjudicatario, y, por ende, la concurrencia o no de causa de prohibición para contratar con la Administración. Así se deriva con claridad de la ilustrativa Sentencia 585/2005, de 4 de octubre, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, en recurso nº 151/2002), en cuyos fundamentos segundo y siguientes aborda precisamente esta cuestión, determinando que cuando la concurrencia de las causas de prohibición para contratar se produzca con posterioridad a la adjudicación del contrato no dan lugar a la nulidad de la contratación, sino a su resolución, por haberse perfeccionado ya el contrato y entenderse que son causa sobrevenidas, como ocurre en el caso que ahora se dictamina.

Es por ello, por lo que, habiéndose adjudicado el contrato el 7 de junio de 2007, fecha en la que no se había presentado aún la solicitud de declaración concursal voluntaria (27 de julio de 2007), no estaba incurso el contratista en la prohibición de contratar con la Administración del art. 20.b) del TRLCA, modificado por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por lo que no procede la consiguiente declaración de nulidad que deriva de la contratación con quien está incurso en causa de aquella prohibición, como pretende A.N.M.

Al haberse producido con posterioridad a la perfección del contrato la solicitud de declaración concursal, y posteriormente haberse dictado auto por el que se declara éste, nos hallamos ante el supuesto previsto en el art. 111. b) del TRLCAP, modificado por la Ley concursal 22/2003, de 9 de julio, que contempla, entre las causas de resolución de los contratos: *"la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento"*, en relación con la Cláusula 31 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la contratación que nos ocupa.

De hecho, de esta misma manera defendió la empresa M., S.A. la improcedencia de anular el contrato -pues, con anterioridad a la resolución del mismo se pretendió su anulación, lo que se enervó a partir de informe jurídico de 21 de abril de 2008, en el que se informaba la procedencia de la resolución-; como consta en el expediente de resolución del contrato, en el trámite de audiencia se presenta escrito de oposición, el 25 de febrero de 2008, por la representación de la entidad mercantil M., S.A., donde se mantiene que no existe causa de nulidad alguna, al señalar que *"efectivamente, en el momento de la firma del contrato, la entidad M., SA. había*

presentado solicitud de concurso voluntario ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria, pero que, sin embargo, en el momento de la adjudicación del contrato M., S.A. tenía plena capacidad de obrar y solvencia suficiente para afrontar la obra que se le adjudicaba, por lo que Técnicamente no estaba incurso en ninguna prohibición de contratar con la Administración, conforme al artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Que conforme al artículo 53 de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas los contratos administrativos se perfeccionan mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquiera que sea el procedimiento o la forma de adjudicación utilizados (...). A la fecha de la perfección del contrato, que es la fecha de su adjudicación, 7 de junio de 2007, la entidad M., S.A. no estaba incurso en causa de prohibición alguna, ya que no había presentado la solicitud de concurso (...)".

Todo ello lleva a la conclusión de que, habiendo concurrido la declaración concursal con posterioridad a la perfección del contrato, no constituye causa de nulidad ex art. 20.b), sino causa de resolución ex art. 111.b), por lo que es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución en cuanto desestima la pretensión de anulación de la Orden nº 281 por la que se resuelve el contrato al que venimos refiriéndonos, con los efectos en la misma Orden previstos en relación con la incautación de la garantía definitiva y la exigencia de la indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de la inexecución de las obras adjudicadas, condicionadas a que el concurso sea considerado culpable por la Sentencia de calificación que se dicte en el correspondiente procedimiento concursal, debiendo mantener inalterada la fianza constituida hasta que se verifique la calificación del concurso en sede jurisdiccional.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, pues no procede la nulidad de la Orden Departamental de la extinta Consejería de Turismo nº 281, de 28 de agosto de 2008, por la que se resuelve el contrato suscrito con la empresa M., S.A. para la ejecución de la obra "Acondicionamiento de Márgenes Carreteras LZ-46 y LZ-56, Accesos a la Ermita de los Dolores, T.M de Tinajo, isla de Lanzarote".