



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 7 3 / 2 0 1 3

(Sección 1ª)

La Laguna, a 22 de julio de 2013.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de la Villa de Firgas en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato administrativo para la ejecución de la obra "Repavimentación de la Calle de Los Menores y Adyacentes", suscrito con la entidad O.A.C., S.L. (EXP. 272/2013 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de la Villa de Firgas, es la Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato administrativo de obra para la repavimentación de la Calle de Los Menores y Adyacentes; resolución contractual a la que se han opuesto la contratista, declarada en situación de concurso, y los administradores concursales.

2. El contrato se adjudicó el 8 de noviembre de 2010, bajo la vigencia de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por lo que ésta es la regulación sustantiva que rige su resolución en virtud de la remisión a dicha Normativa efectuada por la Disposición Transitoria I.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 14 de noviembre.

3. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo para emitirlo y la legitimación del Sr. Alcalde para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.c) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias en relación, el primer precepto citado, con el art. 195.3 LCSP [actual art. 211.3.a) TRLCSPP], ya que, como se ha indicado, el

* **PONENTE:** Sr. Brito González.

contratista y los administradores concursales se han opuesto a la resolución contractual.

4. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que obsten a la emisión de un Dictamen de fondo.

II

1. Por el procedimiento negociado sin publicidad y tramitación urgente el Alcalde adjudicó, el 8 de noviembre de 2010, a la empresa O.A.C., S.L., el contrato de obras para la *"Repavimentación de la calle Los Menores y Adyacentes"* por un importe total de 110.280 euros, de los cuales 105.028'57 correspondían al precio del contrato y 5.251'43 euros al Impuesto General Indirecto Canario (IGIC).

2. El contrato se formalizó el 10 de noviembre de 2010. Según su Cláusula Tercera el plazo de ejecución de las obras era de un mes contado desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo. La Cláusula 4.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares fijaba en un mes desde la adjudicación del contrato el plazo para la comprobación del replanteo. Con ello la fecha límite para realizar ésta se situó en el 8 de diciembre de 2010, dentro del plazo de un mes, contado desde la formalización del contrato, que el art. 212 LCSP establece para esa comprobación.

3. Sin embargo, la comprobación del replanteo se efectuó el 16 de marzo de 2011. El art. 220, a) LCSP tipifica como causa de resolución del contrato de obras la demora en la comprobación del replanteo. En el expediente no está acreditado a qué se debió esta demora y por ende no se puede determinar a cuál de las partes le es imputable. Ninguna de las partes solicitó, al amparo del segundo párrafo del art. 207.2 LCSP, la resolución del contrato por esta causa.

4. La contratista firmó el acta de comprobación del replanteo pero alegó inexactitudes y omisiones en el proyecto de las obras que obligan a su estudio. El facultativo director de las obras hizo constar en el acta que esos errores y omisiones no impedían el comienzo de los trabajos.

La Administración, después de constatar la veracidad de las alegaciones del contratista, procedió a un modificación del proyecto para la subsanación de los errores en él detectados. Dicho modificación, que no supuso aumento del presupuesto, fue aprobado, sin la anuencia del contratista, por la Junta de Gobierno Local el 10 de julio de 2012.

5. En el Boletín Oficial del Estado nº 304, de 19 de diciembre de 2011 se publicó edicto haciendo saber que por Auto, de 2 de diciembre de 2011, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria, se declaraba a O.A.C., S.L. en concurso que se tramitaría por el procedimiento concursal ordinario y con carácter voluntario.

6. El 18 de julio de 2012 se citó a la empresa para que el 23 de julio de 2012 firmara el acta de comprobación del replanteo. El 20 de julio de 2012 la contratista manifestó su oposición a los precios del modificado y a la inclusión de nuevas unidades de obras. La contratista no compareció al acto de comprobación del replanteo.

7. Por los técnicos de la Administración se rebatieron las alegaciones de la contratista. El Ayuntamiento la citó de nuevo para levantar el acta de comprobación del replanteo el 24 de septiembre de 2012. La contratista compareció pero se negó a firmar el acta por las razones que aducía en el escrito presentado ese mismo día y que se resumían en su disconformidad con los precios de determinadas unidades de obra.

8. Los errores materiales del proyecto elaborado por la Administración que afecten al presupuesto de la obra al menos en un 20 por 100 facultan al contratista a pedir la resolución del contrato, según el art. 220, d) LCSP.

La modificación del contrato que implique una alteración del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por 100 del precio primitivo con exclusión del IVA (o su equivalente en Canarias, el IGIC) o represente una alteración sustancial del proyecto inicial también facultaba al contratista para pedir la resolución contractual, según el tenor del art. 220.e) LCSP, vigente a la adjudicación del contrato y por ende integrante de su regulación sustantiva.

Los informes emitidos por el Arquitecto Municipal y por el Director Facultativo de la obra coinciden en que los errores del proyecto inicial no afectan al 20% del presupuesto de la obra. También coinciden en que la modificación del proyecto para subsanar esos errores no han afectado al precio primitivo ni comportan una alteración sustancial del proyecto inicial.

La contratista no ha alegado en ningún momento que concurran las causas de resolución tipificadas en los apartados d) y e) del art. 220 LCSP ni tampoco ha solicitado la resolución del contrato con base en ellas; simplemente ha manifestado

su oposición a los precios fijados por la Administración en el proyecto modificado para determinadas unidades de obras.

9. El 24 de mayo de 2013 la Junta de Gobierno Local acordó la incoación del procedimiento de resolución contractual con base en el art. 206.b) LCSP que contempla como causa de resolución la declaración en concurso del contratista o su declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

10. En el trámite de audiencia, el representante de la contratista y los administradores concursales se opusieron a la resolución contractual alegando que la declaración de concurso no comporta ineluctablemente la resolución del contrato, sino que ésta es potestativa para la Administración, por lo que solicitan que no lo resuelva. Asimismo, expresan su oposición a los precios de determinadas unidades de obra reiterando las alegaciones al respecto contenidas en anteriores escritos de la contratista.

11. Ni el representante de la contratista ni sus administradores concursales han ofrecido prestar garantías suficientes que aseguren la ejecución del contrato no obstante hallarse en situación de concurso.

III

1. El art. 67.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) dispone que los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con las Administraciones Públicas se regirán por lo establecido en la legislación de contratación administrativa, en este concreto supuesto, la LCSP.

2. Conforme a los arts. 206.b) y 207.4 LCSP, la declaración de concurso constituye una causa obligatoria de resolución sólo en el supuesto de que el concurso haya entrado en la fase de liquidación. Mientras ésta no se inicie, la Administración puede continuar el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución. De esta regulación resulta que la declaración de concurso faculta a la Administración para decidir entre resolver o no el contrato, puesto que la insolvencia del contratista genera el riesgo de que carezca de recursos para financiar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y con ello se frustre el buen fin del contrato, lo que comportaría la lesión del concreto interés público que cada contrato administrativo persigue. Por esta razón, si el contratista ofreciere garantías de que esa situación de insolvencia no le impedirá cumplir con sus obligaciones contractuales, la Administración deberá ponderar si esas garantías son

suficientes para conjurar el riesgo de incumplimiento y, si ese juicio de suficiencia es negativo, la Administración, motivando razonadamente la insuficiencia de las garantías ofrecidas, puede optar por resolver el contrato. Pero si el contratista no ha ofrecido tales garantías, como su situación de insolvencia le impide cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles (art. 2.2 LC) y con ello surge el riesgo cierto de la frustración del contrato, la Administración puede decidir sin más su resolución.

Esto último es lo que acontece en el presente supuesto: La contratista ha sido declarada en situación de concurso y no ha ofrecido garantías en orden a asegurar que su situación de insolvencia no le impedirá cumplir con el contrato cuya ejecución no se ha iniciado. Por ello, la decisión de resolver el contrato con base en la causa de resolución del art. 206.b) LCSP, en relación con el art. 207.5 de la misma, es conforme a Derecho. Esta decisión no puede ser enervada por la solicitud a la Administración de que, no obstante la declaración de concurso, mantenga el vínculo contractual porque la opción por resolverlo es potestativa. Como ya se ha explicado, la Administración sólo está obligada a motivar su decisión de resolver en caso de que el contratista haya ofrecido garantías de que su situación de insolvencia no afectará al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, motivación que ha de consistir en explicar las razones de por qué no son suficientes tales garantías. Si no hay tal ofrecimiento, la declaración de concurso faculta y justifica a la Administración a resolver el contrato.

Por otro lado las alegaciones referentes a la inadecuación de los precios de determinadas unidades de obra del modificado no guardan ninguna relación con la cuestión que se decide en el presente procedimiento, por lo que no pueden ser tomadas en consideración para analizar la corrección o incorrección jurídica de la resolución contractual que se pretende.

3. La Propuesta de Resolución, en el segundo apartado de su parte dispositiva, suspende el pronunciamiento de devolución o incautación de la garantía hasta que la jurisdicción mercantil califique definitivamente el concurso y, en su apartado tercero, acuerda abrir pieza separada para determinar los daños y perjuicios que pudieran irrogarse al Ayuntamiento si el concurso se declarase como culpable.

En el expediente obra la Diligencia de Ordenación de 14 de junio de 2013, dictada en el procedimiento de concurso de la contratista y a solicitud del

Ayuntamiento de la Villa de Firgas, que acredita que el concurso voluntario ordinario de la contratista se encuentra en su fase declarativa.

El art. 208.4 LCSP impone que el acuerdo de resolución se pronunciará expresamente sobre la pérdida devolución o cancelación de la garantía, pero con la limitación de que *"Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable"*.

De acuerdo con este precepto, el acuerdo de resolución contractual debe pronunciarse expresamente sobre la suerte de la garantía depositada por la contratista, decidiendo si la misma, conforme al art. 88 LCSP, debe responder por alguno de los conceptos a los que la garantía definitiva se halla afecta. No puede aplazar ese pronunciamiento. La Administración, a pesar de la declaración de concurso, puede mantener el contrato. Si más adelante aquél entra en la fase de liquidación, entonces la Administración forzosamente deberá resolver el contrato (art. 207.2 y 5 LCSP). Como al abrirse la fase de liquidación es cuando se ha de formar la sección sexta del procedimiento concursal (art. 167.1 LC) para la calificación del concurso, en este caso el acto por el que la Administración resuelve el contrato puede condicionar la devolución de la garantía a las resultas de la sentencia de calificación (arts. 172.1 LC). Si ésta califica al concurso como culpable, entonces habrá de incautarla; si lo califica de fortuito, habrá de devolverla (art. 208.4 LCSP).

Pero si la Administración decide resolver el contrato por la mera declaración de concurso del contratista, entonces está obligada a devolver o cancelar la garantía, porque el art. 208.4 LCSP sólo permite acordar la pérdida de la garantía en caso de resolución por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable.

La función de la garantía, según el art. 88 LCSP, es asegurar la correcta ejecución del contrato por el contratista durante su vigencia (penalidades, resarcimiento de daño por mora, prestaciones defectuosas o incumplimiento de sus prestaciones que no den lugar a su resolución). El art. 88, c) LCSP no establece que la extinción del contrato por resolución conlleva obligatoriamente la incautación de la garantía, como resulta de su tenor [*"la garantía responderá (...) c) De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido"*]. El art. 88, c) remite, por tanto, a lo dispuesto al

respecto en el contrato y a la regulación por la LCSP de la resolución contractual para la determinación de la procedencia de la incautación de la garantía.

El presente contrato y sus pliegos no estatuyen nada al respecto. Habrá que atenderse, pues, a la regulación de la LCSP.

El art. 206 LCSP contempla distintas causas generales de resolución contractual. El art. 220 LCSP añade causas específicas de resolución del contrato de obras. Esas causas se pueden agrupar en tres grupos:

Aquellas en que no concurren incumplimientos contractuales de la Administración ni del contratista [arts. 206, a), b), c)].

Aquellas consistentes en incumplimientos de la Administración o en el desestimiento por parte de ésta del contrato [art. 206, f), g) 220 a), b) y c)].

Aquellas que consisten en incumplimientos contractuales del contratista [art. 206, d) y f); art. 218.2 *in fine*].

Únicamente para el supuesto de que la resolución contractual haya sido determinada por incumplimiento culpable del contratista procede la incautación de la garantía para cubrir los daños y perjuicios causados a la Administración (arts. 90.1 y 208.3 LCSP). La mera declaración de concurso del contratista es una causa de resolución distinta del incumplimiento del contrato por el contratista. Por ello la LCSP únicamente impone la incautación de la garantía en caso de que el concurso haya sido calificado de culpable, pues en este caso el estado de insolvencia definitiva que impide el cumplimiento del contrato ha sido causado por él.

La Propuesta de Resolución que se dictamina fundamenta la resolución contractual sólo en la mera declaración del concurso del contratista, no en incumplimientos contractuales de éste que hayan podido irrogar daños y perjuicios a la Administración que hayan de resarcirse con la garantía. Por ello, en virtud del art. 208.4 LCSP, el acuerdo de resolución está obligado a cancelar la garantía, no siendo conforme a Derecho los apartados segundo y tercero de su parte dispositiva.

CONCLUSIONES

La Propuesta de Resolución es conforme a derecho en su apartado primero que acuerda la resolución del contrato por la declaración de concurso de la contratista [arts. 206.b) y 207, apdos. 2 y 5 LCSP].

Por el contrario, no son conformes a Derecho los apartados segundo y tercero de la Propuesta de Resolución, procediendo la cancelación de la garantía (arts. 90.1 y 208.4 LCSP).