



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 2 de junio de 2021.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Gáldar en relación con la *Propuesta de Acuerdo del procedimiento de resolución del contrato para la gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos, suscrito entre el citado Ayuntamiento y la entidad (...) (EXP. 284/2021 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde del Ayuntamiento de Gáldar, es la Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato administrativo para la gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos, suscrito entre el citado Ayuntamiento y la entidad (...), formalizado el 17 de marzo de 2008, a la que se opone en fase de alegaciones la administradora concursal de la empresa contratista.

2. La legitimación para la solicitud de dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo Consultivo 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, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP) y con el art. 109.1.d), de carácter básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

En este sentido, es de recordar que, conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

Público (LCSP) -que vino a derogar el TRLCAP-, en sus apartados primero y segundo: *«Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos»*. Y, *«los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida la duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior»*. La citada Ley entró en vigor el 30 de abril de 2008.

Tal disposición se reproduce asimismo en la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que vino a derogar la citada Ley 30/2007, así como en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que deroga aquélla.

Pues bien, habiéndose publicado la convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato en el BOP n.º 165, de 21 de diciembre de 2007, resulta de aplicación la normativa sustantiva antes referida, esto es, el TRLCAP.

3. En cuanto al régimen jurídico aplicable, tal y como se ha señalado en ocasiones anteriores por este Consejo (*v.g.* Dictamen 320/2020, de 30 de julio) es preciso distinguir el régimen sustantivo aplicable al contrato del régimen procedimental aplicable a la resolución del contrato. En este sentido, las normas de procedimiento aplicables serán las vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a la resolución del contrato, por lo que, resultan de aplicación al presente procedimiento las normas previstas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), cuyo art. 212 dispone en su apartado 1 que *«La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca»* y, en su apartado 8 que *«los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses»*.

4. En lo que se refiere al plazo máximo para resolver, se entiende que el presente procedimiento administrativo de resolución contractual no está caducado.

Respecto a esta cuestión, el art. 212.8 LCSP, prevé un plazo máximo de ocho meses para instruir y resolver los expedientes de resolución contractual. Plazo que

no se ha superado en el presente supuesto, al haberse incoado de oficio el actual procedimiento el día 8 de abril de 2021 y no haber transcurrido aún el precitado plazo.

II

Según se desprende de la documentación obrante en el expediente, son antecedentes relevantes del procedimiento que nos ocupa los siguientes:

- En el BOP de Las Palmas de Gran Canaria, n.º 165, de 21 de diciembre de 2007, se hizo público el anuncio de licitación de contrato para la gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos.

- El contrato fue adjudicado por el Pleno del Ayuntamiento el 28 de febrero de 2008 a la entidad (...), formalizándose el contrato el 17 de marzo de 2008.

- Mediante Edicto de 30 de marzo de 2021 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Las Palmas de Gran Canaria, publicado en el Registro Público Concursal (www.publicidadconcursal.es) y en el BOE n.º 83, de 7 de abril de 2021, se hace saber que la entidad contratista ha sido declarada en concurso por Auto de dicho Juzgado, de 22 de marzo de 2021, dictado en el Procedimiento Concursal n.º 98/2020.

- Mediante providencia de la Alcaldía, de 6 de abril de 2021, se solicita informe a la Secretaría sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir en relación con la resolución del contrato, en virtud de lo dispuesto en el art. 111.1.b) TRLACP, emitiéndose el referido informe el 7 de abril de 2021.

III

En cuanto a los trámites procedimentales realizados, constan los siguientes:

- Tras proponerse acuerdo de resolución por la Alcaldía el 7 de abril de 2021, mediante acuerdo plenario de 8 de abril de 2021 se inicia procedimiento de resolución del contrato, lo que se notifica al contratista [la entidad (...)], a su avalista (...), y a la Administración Concursal (...).

- El 13 de abril de 2021 se emite informe técnico por el Jefe del Servicio de Planificación y Gestión Económica, en el que, tras hacerse referencia a los correspondientes antecedentes, se cuantificaron los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento derivados de la resolución del contrato en 524.062,94 euros.

- El mismo día 13 de abril de 2021 se concedió trámite de audiencia a la concesionaria, a su avalista y a la Administración Concursal para que pudieran presentar las alegaciones y documentos que consideren convenientes, de lo que son debidamente notificados.

- El 30 de abril de 2021 la Administración Concursal, en representación debidamente acreditada de la concesionaria, presentó por sede electrónica escrito de alegaciones oponiéndose a la resolución del contrato argumentando, en síntesis, que la concesionaria no se encuentra en situación de liquidación; que puede seguir prestando los servicios de forma correcta, manteniendo los puestos de trabajos asociados a la actividad; que será la fase de liquidación en el concurso la que implique en su caso la resolución de la concesión; y que el concurso no ha sido aún declarado como culpable, razón por la cual no puede achacársele a la anterior dirección incumplimiento alguno.

- El 5 de mayo de 2021 se emite informe jurídico por la Secretaría de contestación a las alegaciones, concluyéndose en el mismo la procedencia de la resolución del contrato con los efectos que en el mismos se prevén.

- Finalmente, consta Propuesta de Acuerdo de la Alcaldía dirigida al Pleno de la Corporación, proponiendo la resolución del contrato con la incautación de la garantía.

IV

1. En lo que se refiere al fondo del asunto, se pretende por la Administración la resolución del contrato administrativo de referencia al estimar que concurre la causa de resolución contemplada en el art. 111.b) TRLCSP, al haber sido declarada en concurso la contratista.

2. Una vez examinado el contenido del expediente remitido a este Consejo Consultivo, se entiende que concurre la causa legal de resolución esgrimida por la Administración.

A tal efecto, la Propuesta de Resolución determina la procedencia de la resolución del contrato que nos ocupa por declaración de concurso del contratista, en virtud de lo preceptuado en el art. 111.b) TRLCAP, lo que se justifica razonadamente, refutando las alegaciones que realiza la administradora concursal, en representación del contratista, en virtud de informe emitido una vez evacuadas las mismas.

Así, en primer lugar, la administradora concursal se opone a la resolución del contrato con fundamento en que la empresa aún no se encuentra en fase de liquidación, argumentando que puede continuar prestando los servicios de forma correcta, manteniendo los puestos de trabajos asociados a la actividad y que será la fase de liquidación en el concurso la que implique, en su caso, la resolución de la concesión.

Pues bien, ciertamente la diferencia entre estar ya en fase de liquidación o no radica en el carácter potestativo o impositivo para la Administración de resolver el contrato.

Así, como bien señala la Propuesta de Resolución, establece el art. 111.b) TRLCAP que la declaración de concurso del concesionario constituye causa de resolución del contrato.

Tal presupuesto consta a partir del Auto de 22 de marzo de 2021 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Las Palmas (Procedimiento Concursal n.º 98/2020) en virtud del cual, la concesionaria ha sido declarada en concurso.

Por su parte, dispone el art. 190 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal, que los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el concursado con las Administraciones Públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial.

Y, finalmente, el apartado 2 del art. 112 TRLCAP, señala que la declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, originarán siempre la resolución del contrato. Ahora bien, el apartado 7 de este precepto, establece también que la declaración de concurso, y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución.

Es decir, que en caso de declaración de concurso, y antes de la fase de liquidación, la Administración ostenta la potestad de optar por la continuación del contrato (exigiendo garantías suficientes), o bien, por la resolución contractual, que es la alternativa por la que se ha decantado en el caso que nos ocupa el Ayuntamiento de Gáldar, lo que se justifica adecuadamente en la Propuesta de Resolución.

Asimismo, el art. 30 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares prevé esta causa de resolución al señalar:

«Serán causas de resolución del contrato las previstas con carácter general en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como el incurrir el contratista, durante el período de vigencia del contrato, en alguna de las causas de incapacidad de las previstas en la (...)».

Esta cláusula, amén de remitirse al TRLCAP, cuyo art. 111.1.b) prevé, como hemos indicado, la resolución en caso de declaración concursal del contratista, señala como causa de resolución incurrir en una causa de incapacidad sobrevenida, a cuyo fin resulta aplicable el art. 15.1 TRLCAP, que establece entre la capacidad para contratar la acreditación de la solvencia económica de la empresa, lo que no es posible en caso de declaración concursal.

La jurisprudencia se ha venido pronunciando en este sentido, así la Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2020, dictada en unificación de doctrina, señala:

«1. Al contrato de autos es aplicable al caso el TRLCAP, norma ya derogada y que preveía como causas de resolución la declaración de concurso del contratista y el incumplimiento de las obligaciones esenciales distintas de las que regulaba previamente [artículo 111.b) y g) del TRLCAP]. A su vez se preveía que si en el concurso se ha procedido a la apertura de la fase de liquidación, la resolución es imperativa a diferencia de si procede por incumplimiento del contratista [cfr. Artículo 112.1 y 2 TRLCAP]; o si en el concurso no se hubiera abierto la fase de liquidación, la Administración podía decidir su continuación pero previa garantía (artículo 112.7 TRLCAP).

2. Esta regulación se mantiene en la normativa posterior, esto es, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto-legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Sin embargo el panorama cambia con la vigente LCSP 2017 antes citada, en cuyo artículo 212.5 la declaración de concurso como causa de resolución pasa a ser siempre de apreciación potestativa, sin referencia a la fase de liquidación, por lo que se generaliza que la Administración opte por la continuación del contrato si lo aconsejan razones de interés público, previa prestación por el contratista de garantías adicionales.

3. Dicho lo anterior, la declaración de concurso como causa de resolución responde a la tutela del interés público que satisface el contrato, cuando el contratista pierde el presupuesto de solvencia exigible para concurrir y seguir cumpliendo con su prestación; ahora bien, esto no quitaba para que pudiese continuar ejecutándolo, a juicio de la Administración previa garantía (cf. artículo 112.7 TRLCAP). Por tanto que en el TRLCAP - hasta la vigente LCSP 2017, artículo 213.3)-, fuese imperativo resolver el contrato una vez abierta la fase de liquidación, obedecía a que a partir de ese momento ya no cabía seguir con

la ejecución del contrato por razón de las consecuencias de la liquidación en la personalidad del concursado y en su patrimonio.

4. Esa imperatividad tenía su lógica de concurrir sólo esa causa de resolución y de haberse abierto la fase de liquidación, luego lo que se enervaba era la potestad de la Administración de optar entre resolver o mantener la ejecución del contrato si sólo hubiese declaración de concurso. Ahora bien, cosa distinta es que concurriese con una situación de incumplimiento esencial y persistente del contrato, en particular su inejecución, luego la finalidad buscada con la resolución imperativa carecía ya de virtualidad: si el incumplimiento del contrato supuso que se inejecutase, no tenía sentido considerar si procedía mantener o no su ejecución ni, desde luego, tenía ya virtualidad práctica imponer la resolución.

5. Lo dicho exigía, no obstante, ponderar caso a caso cuál de las causas de resolución debía prevalecer, lo que lleva a valorar respecto del incumplimiento qué se estipuló en las cláusulas, qué circunstancias concurrían, la entidad, y alcance del incumplimiento o la reacción del contratista ante las dificultades de ejecutar el contrato.

6. Ese juicio de proporcionalidad revestía interés respecto de la incautación de la garantía definitiva. Así, de declararse el concurso culpable o fraudulento procede siempre tal incautación (artículo 111 RGLCAP) regla que no rige si se califica como fortuito; por el contrario, si la resolución es por incumplimiento de obligaciones esenciales, al pronunciamiento exigible ex artículo 113.5 del TRLCAP, se añade un juicio valorativo en el que debe precisarse si el incumplimiento del contratista es culpable (artículo 113.4 del TRLCAP).

7. A estos efectos añádase que en caso de concurso la apreciación de tal causa y, en especial su calificación, depende de una decisión extracontractual, del juez del concurso y atendiendo a la situación global del contratista. Por el contrario el juicio sobre si el incumplimiento es esencial y, además, culpable, implica ya una situación patológica en la concreta relación contractual apreciada por la Administración sin depender de lo decidido en sede concursal, ponderando las circunstancias y el interés público en la ejecución del contrato (cf. artículos 62.2 y 67.1 de la Ley Concursal).

8. Finalmente la Abogacía del Estado apoya su tesis en el artículo 211.2 de la LCSP 2017, que prevé que de concurrir “diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo”, precepto que recoge de manera literal la doctrina del Consejo de Estado (vgr. dictamen 47.892, de 4 de julio de 1985). Ciertamente esta novedad encaja más bien con otra: la supresión de la imperatividad de la resolución si el concurso está en fase de ejecución (cf. artículo 213.3); pero no deja de ser ilustrativa cuando en las circunstancias expuestas en este Fundamento de Derecho, cabe ponderar qué causa de resolución prevalece.

SEXTO.- ESTIMACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

1. Expuesto lo razonado en el anterior Fundamento, a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA sobre la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, se concluye que en caso de haber sido declarado en concurso del contratista, con apertura de la fase de liquidación si tal causa de resolución concurre con el incumplimiento culpable del contratista como causa de resolución anterior y que persiste, cabe apreciar que procede resolver por esta segunda».

Esta doctrina jurisprudencial es plenamente aplicable al presente caso, a tal fin, se señala en la Propuesta de Resolución que procede optar por la resolución del contrato, por un lado, porque «el Ayuntamiento debe garantizar la prestación de un servicio público tan básico, indispensable y fundamental como el que nos ocupa, cuya suspensión, interrupción y anómalo funcionamiento provocaría una situación de grave riesgo por razones de salubridad pública, unido al hecho de la grave crisis sanitaria que actualmente padecemos como consecuencia de la pandemia del Covid-19», y, «por otro lado, debe valorarse la grave situación económica que sufre la concesionaria, debiendo subrayar que con el escrito de alegaciones presentado por la Administración Concursal se acompaña el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Las Palmas de 22 de marzo de 2021 (Concurso Ordinario n.º 98/2020), en el que (además de la declaración de concurso y la suspensión en sus facultades de administración y disposición de su patrimonio) se deja constancia de “la grave situación financiera en que se encuentra la concursada”, con una deuda a corto plazo de 69.505.000 €; estando acreditada “una insolvencia actual y un sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones”».

Por tanto, debe desestimarse la primera alegación efectuada, procediendo a la resolución del contrato por declaración de concurso de la concesionaria por haberse optado por ello por parte de la Administración, dada la esencialidad del servicio objeto del contrato y la grave situación económica de la concesionaria, que no permite garantizar la adecuada continuidad de la prestación del servicio.

3. Por otro lado, y en relación con los efectos de la resolución contractual, se opone a ellos la Administradora concursal al entender que, por no haberse declarado aún culpable el concurso, no procede declarar culpable el incumplimiento contractual.

La Propuesta de Resolución desestima dicha causa de oposición, razonando lo siguiente:

«Como ya se apuntó más arriba, el art. 113 del RDL 2/2000, vigente a la firma del contrato, dispone en su apartado 4 que cuando el aquél se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la

Administración en los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada; mientras que su apartado 5 señala que, en todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida».

Asimismo, el art. 30 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por las que se rige el servicio que dispone que, si la resolución del contrato es acordada por causa imputable al contratista, éste únicamente tendrá derecho a que se le abone el servicio hasta la fecha de la resolución, con independencia de las medidas que procedan respecto a la fianza constituida y el derecho de la Administración a exigir indemnización de daños y perjuicios. El art. 31 del mismo pliego, relativo a la devolución de la fianza, señala que en caso de responsabilidad del contratista la fianza constituida se aplicará para hacerla efectiva.

También señala la Propuesta de Resolución, que el RDL 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, modificó el apartado 5 del art. 208 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, para establecer 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».*

Y, por ello, a partir de la entrada en vigor de dicha modificación en el año 2010, en los casos de resolución contractual amparada en la declaración del concurso de la concesionaria, la pérdida de la garantía sólo podría acordarse cuando dicho concurso fuera declarado culpable.

Ahora bien, considera la Propuesta de Resolución que tal limitación no es aplicable al contrato que nos ocupa dado que el mismo no se rige por la Ley 30/2007 (que entró en vigor el 30/04/2008) sino por el TRLCAP, que no contiene una previsión o limitación similar, de tal forma que procede la incautación de la garantía constituida en su día para responder de los daños y perjuicios que la resolución contractual ha provocado al Ayuntamiento, y que han sido debidamente valorados por informe técnico de 13 de abril de 2021.

Este Consejo Consultivo no puede compartir el razonamiento de la Propuesta de Resolución, en este concreto aspecto, toda vez que de la propia Propuesta de Resolución se deduce que el fundamento de la confiscación es la existencia de un incumplimiento culpable del contratista. Así se desprende de la remisión que hace al art. 113.4 TRLCAP, que se refiere a los casos de resolución por incumplimiento

culpable del contratista, al disponer *«Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada»*.

Sin embargo, ni la resolución de incoación del expediente ni la que le pone fin señalan como causa de resolución la prevista en el art. 111.g) TRLCAP *«El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales»*, sino la prevista en el art. 111.b) TRLCAP, esto es, la declaración de concurso. Por tanto, las consecuencias de la resolución no pueden ser las previstas para los supuestos en los que la causa de resolución sea el incumplimiento culpable del contrato por parte del contratista, sino las previstas para los supuestos en los que la causa de resolución es la señalada en el acuerdo, es decir, la declaración del concurso.

Como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 24 de julio de 2012 *«La calificación de la declaración de la situación de insolvencia o concursal del contratista no puede ser otra que la formulada por el Juzgado de lo mercantil a no ser que confundamos la causa de resolución del artículo 111 b) del TRLCAP aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, o sea, la declaración de concurso o la declaración de insolvencia con el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales (letras d, e, f y g del mismo precepto) lo que en el supuesto del apartado b no es sino el efecto “material” de la resolución contractual.*

El Ayuntamiento demandado parece confundir la causa de resolución aplicada con otras causas de resolución que consisten en el incumplimiento de las obligaciones contractuales cuya imputación al contratista por demora, dolo o culpa de este sí corresponde a la entidad contratante pues en otro caso no se explica cómo ha llegado a arrogarse una facultad que corresponde única y exclusivamente al Juzgado mercantil, de conformidad con el TRLCAP de 2000 de aplicación al caso; idem, la Ley 30/2007 de contratos del sector público, incluidas sus modificaciones, y el texto refundido vigente de esa legislación.

En efecto, procediendo la resolución del contrato siempre que la contratista haya sido declarada insolvente o, en caso de concurso, se hubiese abierto la fase de liquidación (artículo 112-2 TRLCAP) la garantía será incautada solo en el caso de que esa causa de resolución sea imputable “a título de culpa” al contratista (artículo 44 del TRLCAP), esta es, la misma solución que en el supuesto de resolución por incumplimiento de obligaciones del contratista (artículo 113-4).

No puede admitirse, pues, la cancelación de la garantía por el solo hecho de que la circunstancia que diera lugar a la resolución (muerte, incapacidad sobrevenida, insolvencia) fuese imputable al contratista, por utilizar la terminología del artículo 112-2 del TRLCAP, al margen de su culpabilidad. Y tampoco puede la Administración contratante desvincularse a

los efectos de la calificación del concurso que haga el órgano mercantil competente, no en vano según el artículo 111 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1098/2001 “la quiebra del contratista cuando sea culpable o fraudulenta llevará consigo la pérdida de la garantía definitiva”; esto es, la calificación de la situación concursal corresponde al órgano jurisdiccional mercantil, también a los efectos de la resolución del contrato administrativo».

En el mismo sentido se pronuncia la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 29 de enero de 2021 al razonar lo siguiente:

«El motivo de apelación no puede ser estimado ya que, tal y como refiere la sentencia apelada, no estamos ante una resolución del contrato por una causa “imputable” a la concesionaria, ni siquiera ante un incumplimiento “culpable del contratista” por lo que las consecuencias de la resolución no pueden ser las previstas para los supuestos en los que la causa de resolución sea el incumplimiento imputable y/o culpable del contrato por parte del contratista. Como ya señalamos en la sentencia de esta Sala de 28 de diciembre de 2020, en estos casos ha de estarse a las causas de resolución señaladas en el propio Acuerdo objeto de recurso y en el mismo no se hace alusión a incumplimiento alguno por parte del contratista, sino única y exclusivamente a que se encuentra incurso en el apartado b) del art 111 del Real Decreto 2/2000, de 16 de junio, supuesto en el que habiendo sido declarado fortuito el concurso no cabe inferir tal incumplimiento. Es por ello que la referida sentencia de esta Sala, seguida entre las mismas partes, añade: “ (...) tanto la incautación de la garantía como la indemnización de daños y perjuicios a favor de la Administración aparecen indefectiblemente vinculados a la existencia de un incumplimiento por parte del contratista, cuando en el acuerdo de inicio del expediente no se había mencionado esta posible causa de resolución, resulta una distorsión de la norma disponer la determinación de unos supuestos daños y perjuicios para la Administración y la incautación/retención de la fianza, cuando además con la apertura de la fase de liquidación concursal, la Administración viene obligada a resolver los contratos formalizados con la contratista concursada, y esa resolución, no depende de la voluntad de la Administración sino que opera ope legis por ministerio de la Ley, es por ello que la incautación de garantía y la consiguiente indemnización de daños y perjuicios, sólo se producirá en el caso que la causa de resolución fuese imputable a título de culpa al contratista lo que no concurre en la presente litis (...)”.

Finalmente señalar que la pretensión del recurrente de que la declaración de concurso, incluso fortuito, sea considerado como incumplimiento del contrato resulta rechazada por la doctrina del TS, que en sentencia de 3 de diciembre de 2020 (Recurso: 1861/2019) nos enseña: “5. Lo dicho exigía, no obstante, ponderar caso a caso cuál de las causas de resolución debía prevalecer, lo que lleva a valorar respecto del incumplimiento qué se estipuló en las cláusulas, qué circunstancias concurrían, la entidad, y alcance del incumplimiento o la reacción del contratista ante las dificultades de ejecutar el contrato.

6. Ese juicio de proporcionalidad revestía interés respecto de la incautación de la garantía definitiva. Así, de declararse el concurso culpable o fraudulento procede siempre tal incautación (artículo 111 RGLCAP) regla que no rige si se califica como fortuito; por el contrario, si la resolución es por incumplimiento de obligaciones esenciales, al pronunciamiento exigible ex artículo 113.5 del TRLCAP, se añade un juicio valorativo en el que debe precisarse si el incumplimiento del contratista es culpable (artículo 113.4 del TRLCAP).

7. A estos efectos añádase que en caso de concurso la apreciación de tal causa y, en especial su calificación, depende de una decisión extracontractual, del juez del concurso y atendiendo a la situación global del contratista. Por el contrario el juicio sobre si el incumplimiento es esencial y, además, culpable, implica ya una situación patológica en la concreta relación contractual apreciada por la Administración sin depender de lo decidido en sede concursal, ponderando las circunstancias y el interés público en la ejecución del contrato (cf. artículos 62.2 y 67.1 de la Ley Concursal)“.

Por lo tanto y en la medida en que en el caso examinado la resolución administrativa impugnada, no señala ningún otro motivo de resolución que el concurso y dado que la calificación del mismo como fortuito impide colegir la existencia de un incumplimiento culpable e imputable al contratista, se está en el caso de desestimar el recurso y mantener la sentencia apelada por su conformidad a derecho».

A la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta cabe concluir que no procede la incautación de la garantía, toda vez que, la Administración contratante no puede sustituir la calificación del concurso que corresponde al órgano «*natural*» competente por su propia calificación, esto es, al Juzgado de lo Mercantil, sobre el carácter, culpable o no culpable, de la insolvencia del contratista.

La capacidad del contratista y su solvencia económica y financiera son requisitos que deben acreditarse en la fase de preparación del contrato (arts. 15 y siguientes TRLCAP) de suerte que, una vez producida la adjudicación, la Administración contratante no puede hacer ningún juicio sobre la insolvencia inicial o sobrevenida de la contratista, ya que esa declaración se halla reservada al órgano jurisdiccional mercantil que tramite el procedimiento concursal.

Ahora bien, sentado que no puede incautarse la garantía en este expediente para responder de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual del contratista (pues no es la causa de resolución en que se fundamenta la Propuesta de Resolución), y que tampoco puede incautarse al considerar que el incumplimiento es imputable al contratista, pues es el Juez Mercantil el que debe decidir si el concurso es fortuito o culpable, nos encontramos en la coyuntura en la que el Juez Mercantil

todavía no ha resuelto la pieza de calificación del concurso, como acontece en el supuesto que nos ocupa.

El art. 208 LCSP prevé que el acuerdo de resolución debe contener un pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. De este artículo se desprende que, si todavía no se ha calificado el concurso, la incautación de la garantía ha de realizarse previamente, a resultas de la futura apertura de la pieza de calificación del concurso de acreedores, pues si no se hiciese así, nunca podría acordarse la pérdida posterior de dicha garantía si el concurso fuera culpable, al haberse devuelto la garantía depositada con anterioridad a conocer si la pieza de calificación iba a ser abierta o no (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 2 de marzo de 2012).

Por lo expuesto, no procede considerar íntegramente conforme a derecho la Propuesta de Resolución, en cuanto que no procede la incautación de la garantía para responder de los daños y perjuicios derivados de un incumplimiento contractual, sino únicamente su retención provisional en tanto se determine por el Juez Mercantil competente si el concurso es fortuito o culpable.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato se entiende que es parcialmente conforme a Derecho, en los términos expuestos en el Fundamento IV del presente Dictamen.