CONSEJO CONSULTIVO
DE CASTILLA Y LEÓN

Sr. Amilivia González, Presidente y Ponente

Sr. Estella Hoyos, Consejero
Sr. Fernández Costales, Consejero
Sr. Pérez Solano, Consejero
Sr. Madrid López, Consejero
Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 15 de julio de 2010, ha examinado el *expediente para la resolución del contrato de obras suscrito entre la Consejería de Hacienda y qqqqq, S.A.,* y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I
ANTECEDENTES DE HECHO

El día 25 de junio de 2010 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente para la resolución del contrato administrativo de obras, suscrito para la construcción de una edificación anexa al edificio de la Delegación Territorial de xxxxx entre la Consejería de Hacienda y qqqqq, S.A.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 25 de junio de 2010, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 710/2010, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Amilivia González.

Primero.- El 3 de noviembre de 2008 se suscribió un contrato entre la Consejería de Hacienda de la Junta de Castilla y León y la empresa qqqqq, S.A. (qqqqq), para la realización de obras de construcción de una edificación anexa al Edificio de la Delegación Territorial de xxxxx, sita en la Avda. xx1 nº 27-29, por un importe de adjudicación de 12.795.802,47 euros y un plazo de ejecución

de treinta meses a partir del día siguiente a la preceptiva firma del acta de comprobación del replanteo, lo que se realizó el 3 de noviembre de 2008.

Segundo.- Por Orden de 15 de octubre de 2009 de la Consejería de Hacienda se acuerda la suspensión del contrato por un período de 8 meses, con el fin de garantizar la necesaria protección de los intereses públicos afectados. El 19 de octubre de 2009 se levanta acta de suspensión.

Tercero.- El 13 de octubre de 2009 se publica en el Boletín Oficial del Estado el Auto de 29 de septiembre de 2009, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de xxxx1, en el que se declara el concurso necesario de la empresa qqqqq S. A. en el procedimiento nº xxx/2009.

Cuarto.- Por Orden de 27 de noviembre de 2009 de la Consejería de Hacienda se acuerda el inicio del procedimiento de resolución del contrato a propuesta del Servicio de Infraestructuras y Adquisición Centralizada, con reserva de la devolución de la garantía definitiva, a los efectos judiciales que puedan derivarse de la declaración de concurso necesario dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de xxxx1. Dicha Orden se notifica al contratista, a su avalista y a la administración concursal.

Quinto.- En escritos de 23 y 29 de diciembre de 2009, el contratista y avalista respectivamente formulan alegaciones. En ellas, por parte de la empresa qqqqq se solicita "Finalizar y archivar el procedimiento iniciado y, en su caso, tramitar la resolución contractual pretendida a través de un incidente concursal. Subsidiariamente, en caso de no ser acogida la anterior solicitud, requerir a qqqqq a los efectos de prestar las garantías suficientes para la ejecución del contrato de obra, habida cuenta que no se ha producido la apertura de la fase de liquidación en el procedimiento concursal, y ello con carácter previo a la continuación del presente procedimiento de resolución contractual".

Por su parte, sssss Seguros y Reaseguros, S.A., en calidad de avalista, considera improcedente la pretensión de obtener la cantidad de 511.832,10 euros, al no haberse acreditado el alcance, naturaleza y realidad del incumplimiento en la obra de construcción mencionada.

Sexto.- Examinadas dichas alegaciones, el 1 de febrero de 2010 el Servicio de Infraestructuras y Adquisición Centralizada emite el siguiente informe:

"Primero. Que la cantidad de 511.832,10 € a que se refiere sssss Seguros Y Reaseguros, S.A., en sus alegaciones es la garantía definitiva. Al respecto hay que aclarar que en ningún momento, la Orden por la que se acuerda el inicio del expediente de resolución se refiere a incumplimiento contractual, ni impone la incautación de la garantía. Este aspecto será objeto de pronunciamiento expreso en la Orden por la que se acuerde la resolución, de conformidad con el art. 208.5 del Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo LCSP).

»Segundo. No procede admitir las alegaciones de la mercantil qqqqq solicitando tramitar la resolución contractual a través de un incidente concursal, puesto que el art. 67 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, dispone que 'los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones Públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial'. En consecuencia, por remisión expresa de la Ley Concursal, serán la LCSP y su normativa de desarrollo, las disposiciones que rijan la resolución de este contrato.

»Tercero. Por último, abordando la petición de qqqqq para ser requerida a los efectos de prestar las garantías suficientes para la ejecución del contrato de obra, habida cuenta que no se ha producido la apertura de la fase de liquidación en el procedimiento concursal. A este respecto, cierto es que, según el art. 207.2 de la LCSP, la apertura de la fase de liquidación es la que determina la necesaria resolución del contrato y que mientras llega dicha fase, según el art. 207.5 de la LCSP, la Administración tiene la potestad de continuar el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquella. Pero también es cierto que la Administración debe servir con objetividad los intereses generales, y cuando ese interés general aconseja la resolución contractual, la Administración debe proceder a la misma (...).

»Esta paralización de las obras, primero de hecho y luego formalmente mediante suspensión del contrato, junto con la declaración de la empresa adjudicataria en situación de concurso necesario y las consecuencias de tal calificación, hacen quebrar las eventuales garantías que permitirían, en su caso, la continuación del contrato, por lo que ante este escenario, la satisfacción del interés público impone la resolución del contrato actual".

Séptimo.- El 5 de febrero de 2010 la Secretaría General de la Consejería de Hacienda propone la resolución del contrato con la empresa qqqqq, para la

realización de las obras de construcción de una edificación anexa al Edificio de la Delegación Territorial de xxxxx, de conformidad con lo establecido en los artículos 206.b) y 207.2, párrafo segundo, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y reserva la devolución de la garantía definitiva a los efectos judiciales que puedan derivarse de la declaración de concurso necesario dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de xxxx1 y, en consecuencia, no proceder a la pérdida de la garantía en su contra, sino a su mantenimiento a los efectos anteriormente indicados.

Octavo.- El 8 de febrero de 2010 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Hacienda informa favorablemente la propuesta de resolución del contrato.

Noveno.- El 18 de febrero de 2010 se autoriza por la Junta de Castilla y León la resolución del contrato, de acuerdo con el artículo 8.4 de la Ley 11/2009, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para 2010, que establece que cuando la Junta de Castilla y León autorice la celebración de un contrato deberá autorizar igualmente su resolución.

Décimo.- El 12 de marzo de 2010 la Intervención General de la Comunidad informa favorablemente el expediente en el que se propone la resolución del contrato.

Decimoprimero.- Tras la emisión de dictamen por este Consejo Consultivo el 29 de abril de 2010, mediante Orden de la Consejería de Hacienda de 20 de mayo de 2010, se declara la caducidad del procedimiento de resolución contractual de referencia, al haber transcurrido el plazo máximo de tres meses establecido en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Decimosegundo.- Por Orden de 20 de mayo de 2010 se acuerda de nuevo la iniciación del procedimiento de resolución contractual y se dispone la conservación de los actos y trámites practicados en el procedimiento cuya caducidad ha sido declarada, así como la reserva de la devolución de la garantía definitiva a los efectos judiciales que puedan derivarse de la declaración de concurso necesario. Esta orden se notifica al contratista, al avalista y a la administración concursal, a los que concede un plazo de 10 días naturales para formular las alegaciones que consideren procedentes.

Decimotercero.- El 3 de junio de 2010 tiene entrada en el registro único de Hacienda y Economía y Empleo un escrito formulado por dos representantes del contratista, en el que éstos manifiestan su oposición a la resolución del contrato basada en que "no habiéndose aperturado la fase de liquidación, la Administración no está obligada a resolver el contrato".

Decimocuarto.- El 9 de junio de 2010 se formula propuesta de resolución contractual, de conformidad con lo establecido en los artículos 206.b) y 207.2 párrafo segundo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, con reserva de la devolución de la garantía definitiva a los efectos judiciales que puedan derivarse de la declaración de concurso necesario y, en consecuencia, no proceder a la pérdida de la garantía en su contra, sino a su mantenimiento a los efectos anteriormente indicados.

Decimoquinto.- El 10 de junio de 2010 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Hacienda informa favorablemente la resolución del contrato.

El 14 de junio la Intervención General de la Comunidad de Castilla y León emite informe favorable sobre la propuesta de resolución del contrato.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II
CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla A), apartado e), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

2ª.- Es aplicable al presente supuesto la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de Sector Público (en adelante, LCSP) ya que, de acuerdo con la disposición transitoria primera de la LCSP, sólo los contratos administrativos

adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior. *Sensu contrario*, los contratos adjudicados con posterioridad estarán sometidos a la LCSP. Habida cuenta que el contrato cuya resolución se pretende fue adjudicado el 16 de octubre de 2008, es decir, bajo la vigencia de la LCSP, es ésta la norma aplicable.

Conforme al artículo 195.3.a) de la LCSP, es preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, en los casos de resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista.

En este orden de cosas, la oposición formulada por los representantes del contratista suscita dos cuestiones: la primera, relativa a su extemporaneidad; la segunda, a la legitimación de aquellos para plantearla.

Respecto al primero de los problemas apuntados ha de señalarse que si bien la notificación del acuerdo del inicio del procedimiento de resolución contractual se formuló 21 de mayo de 2010 y la oposición el 3 de junio siguiente y, por tanto, fuera del plazo de 10 días naturales concedido, el apartado 3 del artículo 76 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, enerva la posibilidad de privar de virtualidad a aquella oposición, al menos a los efectos de emisión de dictamen por este Consejo Consultivo.

Así, procede recordar que el citado artículo 76 establece: "1. Los trámites que deban ser cumplimentados por los interesados deberán realizarse en el plazo de diez días a partir de la notificación del correspondiente acto, salvo en el caso de que en la norma correspondiente se fije plazo distinto.

»2. Cuando en cualquier momento se considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, la Administración lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo de diez días para cumplimentarlo.

»3. A los interesados que no cumplan lo dispuesto en los apartados anteriores, se les podrá declarar decaídos en su derecho al trámite correspondiente; sin embargo, se admitirá la actuación del interesado y

producirá sus efectos legales, si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo".

Esta postura, consistente en admitir la actuación del interesado cuando aún no ha recaído resolución administrativa que declare el decaimiento o caducidad del derecho por preclusión del término, es sostenida por los tribunales (véase, a título de ejemplo las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid, de 19 de febrero de 2010, recaída en el recurso nº 2039/2005, o la de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de noviembre de 2005, recaída en el recurso nº 240/2005).

En lo que respecta a la segunda de las cuestiones planteadas, es decir, a la legitimación de los representantes de la empresa contratista declarada en concurso para formular oposición a la resolución del contrato, ha de tenerse presente que el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de xxxx1, de 29 de septiembre de 2009 dispone la conservación por la sociedad declarada en concurso de sus facultades de administración y disposición de su patrimonio, "debiendo quedar por el momento sometido el ejercicio de dichas facultades a la simple intervención de los administradores concursales", de conformidad con lo que establece el artículo 40.3 de la Ley 22/2003, de 29 de julio, que permite que se acuerde la suspensión de facultades en caso de concurso voluntario, o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario.

Por otro lado, el apartado 7 de este mismo artículo regula las consecuencias de la infracción de las limitaciones impuestas al concursado, al establecer que "Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto. La acción de anulación se tramitará, en su caso, por los cauces del incidente concursal y caducará, de haberse formulado el requerimiento, al cumplirse un mes desde la fecha de éste. En otro caso, caducará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de ésta".

Sin entrar a realizar un estudio profundo sobre el régimen de la validez e invalidez de los actos de administración y disposición del deudor cuando éste sufre una intervención o una suspensión de facultades como consecuencia de la declaración de concurso, lo cierto es que la Ley 22/2003, de 9 de julio, no establece que estos actos sean inválidos, sino que podrán ser anulados a instancia de la administración concursal mediante el procedimiento y con los requisitos temporales que prevé.

Por ello, este Consejo Consultivo no comparte la afirmación que se recoge en distintos documentos del expediente, relativa a la falta de legitimación de los representantes de la sociedad declarada en concurso para oponerse a la resolución del contrato, puesto que en primer lugar, no se ha producido la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor sino tan sólo la "intervención" de la administración concursal, y en segundo término, aún no constando la intervención de la administración concursal, ello no supone automáticamente la invalidez del acto, al no haber sido impugnado.

De este modo, atendidas las observaciones anteriores, puede considerarse preceptiva la emisión de dictamen por este Consejo Consultivo.

3ª.- La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, según dispone el artículo 194 de la LCSP y el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (en este caso, la Consejería de Hacienda, sin perjuicio de autorización de la Junta de Castilla y León de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.4 de la Ley 11/2009, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para 2010).

4ª.- En cuanto al procedimiento administrativo seguido para la instrucción del procedimiento, hay que señalar que se han cumplido los requisitos fijados en el artículo 195.1 y 3.a) de la LCSP y en el artículo 109.1 del RGLCAP, ya que se ha concedido trámite de audiencia tanto al contratista como al avalista. Con el presente dictamen se cumple lo previsto en el apartado d) de dicho precepto.

Por otro lado, se ha realizado la fiscalización por la Intervención General, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 254 de la Ley 2/2006, de 3 de mayo, de la Hacienda del Sector Público de la Comunidad de Castilla y León.

5ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el expediente de resolución del contrato administrativo de obras suscrito el 3 de noviembre de 2008 entre la Consejería de Hacienda de la Junta de Castilla y León y la empresa qqqqq, S.A. (qqqqq), para la realización de obras de construcción de una edificación anexa al Edificio de la Delegación Territorial de xxxxx.

En cuanto al fondo de la cuestión planteada, estima este Consejo Consultivo que debe realizarse un análisis de las causas de incumplimiento alegadas por la Administración contratante y la contestación que respecto a ellas realiza la empresa contratista.

Así, el apartado b) del artículo 206 de la LCSP considera que es causa de resolución del contrato "La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento".

Por otro lado, el apartado 2 del artículo 207, relativo a la aplicación de las causas de resolución, establece 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". Por su parte, el apartado 5 dispone que "En caso de 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 aquella para su ejecución".

Del contenido de los preceptos transcritos se desprende claramente que la declaración de concurso del adjudicatario constituye causa de resolución del contrato, y que sólo en tanto no se haya producido la apertura de la fase de liquidación podrá la Administración, con carácter potestativo, acordar la continuación del contrato si el contratista prestare las garantías suficientes.

Por ello, no cabe acoger la postura sostenida por el contratista en su escrito de oposición y que se fundamenta en la afirmación de que "no habiéndose aperturado la fase de liquidación, la Administración no está obligada a resolver el contrato", pues si bien la resolución contractual no ha de producirse necesariamente, la continuación de la ejecución es meramente potestativa y corresponde a la Administración la valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, que determinará si ha de procederse o no a la resolución contractual.

En el supuesto analizado, a la vista de la situación de insolvencia en la que se encuentra incursa la empresa adjudicataria y de las razones de interés público aducidas por al Administración y recogidas en el expediente, este Consejo Consultivo considera procedente la resolución del contrato.

6ª.- En lo que respecta a las consecuencias de la resolución del contrato, el artículo 208 de la LCSP dispone en su apartado 4 que "Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda de la garantía incautada'. Continúa el apartado 5 señalando que 'En todo caso el acuerdo de resolución contendrá 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".

Por otro lado, el artículo 111 del RGLCAP dispone que "La quiebra del contratista, cuando sea culpable o fraudulenta, llevará consigo la pérdida de la garantía definitiva", disposición que, interpretada de manera integradora con la regulación de la materia que se contiene en los artículos 163 y siguientes de la Ley 22/2003, de 9 de julio, llevaría a considerar que la garantía será incautada de forma automática en el caso de que el concurso se califique como culpable.

En la propuesta de orden examinada se dispone la "resolución del contrato con la empresa qqqqq, S.A. (...) reservando la devolución de la garantía definitiva a los efectos judiciales que puedan derivarse de la declaración de concurso necesario dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de xxxx1, y en consecuencia no proceder a la pérdida de la garantía en su contra, sino a su mantenimiento a los efectos anteriormente indicados".

Si bien esta postura de no incautación de la garantía mantenida por la Administración resulta correcta, dado que aún no ha tenido lugar la formación de la sección de calificación del concurso, ha de tenerse presente que el artículo 208 de la LCSP tan sólo prevé la pérdida y la devolución o cancelación de la garantía y no su mantenimiento a los efectos que pudieran derivarse de una

declaración de insolvencia, solución que no aparece tampoco contemplada en la Ley 22/2003, de 9 de Julio.

Por ello este Consejo Consultivo considera conveniente apuntar la posibilidad de que en la Orden de la Consejería de Hacienda por la que se resuelva el contrato, se determinen los daños y perjuicios que en su caso debieran ser indemnizados por el contratista y que se proceda a la personación de la Administración Autonómica en el proceso concursal, con la finalidad de lograr la satisfacción del crédito que el importe de aquella indemnización pudiera constituir.

III
CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede resolver el contrato de obra, suscrito entre la Consejería de Hacienda de la Junta de Castilla y León y la empresa qqqqq, S.A. (qqqqq), para la realización de obras de construcción de una edificación anexa al Edificio de la Delegación Territorial de xxxxx.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.