

Expediente Núm. 152/2013
Dictamen Núm. 163/2013

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 25 de julio de 2013, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 8 de julio de 2013, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de ampliación del saneamiento y depuración de la parroquia de Tol (Castropol), adjudicado a la empresa “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Consejera de Medio Ambiente y Desarrollo Rural, de 10 de septiembre de 2008, se adjudica el contrato de obras de ampliación del saneamiento y depuración de la parroquia de Tol (Castropol).

Con fecha 6 de octubre de 2008 se formaliza el contrato en documento administrativo, en cuya cláusula segunda se establece que su precio asciende a “un millón seiscientos mil euros (1.600.000 €)”. El plazo de ejecución es, según lo estipulado en la cláusula tercera, de “22 meses a partir del día siguiente al de la fecha del acta de comprobación del replanteo”.

2. Obra incorporado al expediente, entre otra documentación, el pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado para regir el contrato, en cuya cláusula 25 se dispone que “la resolución del contrato por las causas señaladas en los artículos 111, 149 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 112.2 del Real Decreto 1098/2011, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, tendrá lugar conforme al procedimiento regulado en el artículo 109 del mencionado Real Decreto 1098 (...). El incumplimiento por el contratista de cualquiera de las obligaciones contractuales esenciales autoriza a la Administración para exigir su estricto cumplimiento o bien acordar la resolución del contrato. La falta de constitución de la fianza definitiva y el incumplimiento del plazo de inicio de la ejecución del contrato, así como la declaración de quiebra, la de concurso de acreedores o la de insolvente fallido en cualquier procedimiento originará siempre la resolución del contrato”. En la cláusula 23 del mismo pliego se establece el régimen de modificaciones del contrato, determinándose que “cuando el Director Facultativo de las Obras considere necesario introducir modificaciones en el proyecto de las obras que rige el contrato recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, redactando la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquella. Se tramitarán como modificación del contrato los cambios del origen o procedencia de los materiales naturales previstos y exigidos en la memoria o, en su caso, en el pliego de prescripciones técnicas, cumpliéndose, en todo caso, lo preceptuado en el artículo 101, en relación con el 146, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

3. Con fecha 4 de noviembre de 2008 se extiende el acta de comprobación del replanteo en la que se refleja que, “observándose por ambos (el Director de las Obras y el representante de la empresa contratista) la posibilidad de iniciar las obras por existir disponibilidad parcial de los terrenos, y considerando que la

tramitación completa se resuelva a corto plazo, se autoriza el comienzo de las mismas”.

4. Mediante Resolución del titular de la Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio e Infraestructuras, de 11 de mayo de 2010, se acuerda la “suspensión temporal total del contrato”, toda vez que “los trabajos se encuentran paralizados desde el mes de febrero (quedan pendientes de ejecutar la EDAR de Tol y la confluencia de los colectores de la misma) dada la oposición vecinal manifestada a la ubicación de la depuradora, que motiva que el Ayuntamiento de Castropol haya solicitado un posible cambio de emplazamiento cuya procedencia y viabilidad está actualmente siendo objeto de estudio, y para lo cual se ha de tener en cuenta una importante variedad de factores técnicos y administrativos que demoran la toma de decisión al respecto”.

5. El día 28 de enero de 2013, el Ingeniero Director de las Obras solicita, con la conformidad del Jefe del Servicio de Obras Hidráulicas y Restauración Ambiental, autorización para la redacción de un proyecto modificado de las obras.

En dicha solicitud refiere que “la importante variedad de factores técnicos y administrativos que intervienen han demorado en el tiempo la toma de decisión al respecto del estudio mencionado. Finalmente se considera una alternativa técnica que no podía resultar prevista en la fase de redacción del proyecto en el año 2007, que reduce los costes de construcción y explotación de las instalaciones de depuración y evita la problemática social suscitada por el emplazamiento de la estación depuradora”. Según señala, “analizado técnicamente, se ha comprobado que resulta posible, mediante bombeos y una conducción de más de 3 km, el transporte de las aguas residuales recogidas en la red de saneamiento de la parroquia de Tol al colector previsto en el polígono industrial de Barres, lo que permitiría su tratamiento y depuración en la futura EDAR de la ría del Eo. Esta alternativa supone una reducción de los costes de

ejecución en el proyecto adjudicado, al sustituir la estación depuradora por una estación de bombeo de aguas residuales hacia la red de colectores prevista en el sistema general de saneamiento de la ría del Eo. También supone una notable reducción de los costes de explotación de las instalaciones al realizarse el tratamiento de las aguas unificadamente en una estación de depuración". Estima que la modificación "puede producir una disminución del presupuesto vigente inferior al 20%".

6. Mediante Resolución de la titular de la Consejería de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente se autoriza, con fecha 1 de febrero de 2013, la redacción del proyecto modificado n.º 1 de las obras.

7. Con fecha 18 de febrero de 2013, se publica en el Boletín Oficial del Estado un anuncio del Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Oviedo por el que se hace saber que se ha dictado, a instancias del contratista, Auto de declaración de concurso voluntario en fecha 8 de enero de 2013. Consta en el referido anuncio que "el deudor (...) conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de estas a la intervención de la administración concursal".

8. El día 18 de abril de 2013, el Ingeniero Director de las Obras, con el visto bueno del Jefe del Servicio de Obras Hidráulicas y Restauración Ambiental, propone que "se tenga por desistida la autorización de redacción del proyecto modificado n.º 1 de las obras autorizada por Resolución de 1 de febrero de 2013" y "se inicie la tramitación de resolución del contrato en vigor, a cuyos efectos se acompaña la relación valorada de liquidación de obra efectivamente realizada hasta la fecha de la suspensión de mayo de 2010", respecto de la cual se precisa que "arroja un saldo negativo de 24.017,19 €".

Refiere que "en fecha 8 de enero de 2013 el Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Oviedo dictó, a instancias de la empresa (contratista) auto de declaración de concurso voluntario", y entiende que, "dadas las anteriores circunstancias

concurso de la empresa adjudicataria del contrato, la misma se encuentra en situación de prohibición para contratar con la Administración (art. 49.1.b de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), por lo que no se puede proseguir con la tramitación del proyecto modificado”.

9. Mediante Resolución de la titular de la Consejería, de fecha 2 de mayo de 2013, se inicia el procedimiento para la resolución del contrato de referencia, fundada en la declaración de concurso de la empresa contratista, al amparo de lo establecido en el artículo 111, letra b), del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Respecto al régimen aplicable a la resolución contractual, se expresa en el fundamento de derecho segundo que “la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establece que los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se registrarán 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. Toda vez que la publicación del anuncio de licitación del presente expediente se efectuó con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley 30/2007 (mayo de 2008), la normativa aplicable en este supuesto es el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

10. El día 7 de mayo de 2013, el Jefe del Servicio de Contratación suscribe una propuesta de resolución contractual en la que razona que, “al haber sido declarada en concurso voluntario de acreedores la empresa adjudicataria (...), incurre en causa de prohibición de contratar (artículo 20, apartado b, TRLCAP), lo que impediría la formalización del contrato modificado al no reunir los requisitos de aptitud para contratar necesarios. En consecuencia, la situación concursal de la empresa adjudicataria y el que este hecho determine la imposibilidad de formalizar el modificado cuya tramitación estaba en curso determinan la procedencia de resolver el contrato por la causa mencionada”.

Respecto a los efectos de la resolución contractual, significa que “el artículo 113.5 TRLCAP establece 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”. Precisa que, “a pesar de no ser legislación aplicable al contrato examinado, el apartado 4 del artículo 225 del actual TRLCSP, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, señala que (...) solo 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”, lo que supone que “el pronunciamiento que se debe hacer es que no debe acordarse sin más la pérdida de la garantía, porque el concurso no ha sido calificado como culpable. Habrá de estarse a lo que decida el Juzgado sobre la calificación del concurso, sin que en este momento pueda efectuarse un pronunciamiento sobre la incautación o devolución de la misma; decisión que ha de esperar a dicha calificación”.

La propuesta se extiende a la aprobación de la liquidación del contrato de referencia, “con un saldo favorable a la Administración de veinticuatro mil diecisiete euros con diecinueve céntimos (24.017,19 €)”.

La propuesta de resolución se notifica al contratista el 10 de mayo de 2013, concediéndole un plazo de audiencia de diez días naturales.

11. El día 16 de mayo de 2013, se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que, quien dice actuar como representante de la empresa contratista, con el visto bueno del Administrador Concursal, se opone a la resolución contractual pretendida.

Aduce que, “reconociendo que es discrecional la decisión de proceder o no a la resolución del contrato antes de la apertura de la fase de liquidación, no podemos dejar de aludir a que aquella ha de adoptarse ponderando el impacto de esta en el interés público que con la ejecución del contrato se pretende atender”. Seguidamente afirma que “la resolución notificada no dedica ni una sola línea a motivar el aspecto indicado. Muy al contrario, se pretende fundamentar el inicio del procedimiento de resolución del contrato en la

declaración de concurso, y sobre todo porque no se puede proseguir con la tramitación del proyecto modificado número 1 de las obras, cuando todo el proceso de realización del mismo y su necesidad, según se expresa en la resolución, viene determinado por cuestiones técnicas y administrativas que han demorado en el tiempo la toma de decisiones al respecto del estudio mencionado en unas obras cuyo estado actual es de suspensión temporal, según acuerdo adoptado el 11 de mayo del año 2010”.

Manifiesta que “en todo momento desde la firma del contrato siempre la empresa ha estado en disposición de ejecutar los trabajos que se le han encomendado, siendo la decisión de suspensión temporal ajena a la empresa, y esperando durante tres años a que las trabas en la ejecución de las mismas quedaran solventadas sin pedir ninguna compensación, y es ahora cuando entra en proceso de concurso cuando se quiere imponer la redacción y ejecución de dicho proyecto modificado, más cuando en la actualidad podría y estaría en disposición de la ejecución del proyecto primitivo firmado en su momento sin menoscabo del mismo y con plena garantía de ejecución para la Administración contratante”.

Entiende que “con ello se incurre en un grave error de paralaje jurídico, pues, como manifiesta el dictamen del Consejo de Estado de 13 de marzo de 2008, la aplicación de las causas de resolución debe hacerse atendiendo a su orden cronológico. Así las cosas, lo cierto es que no cabe fundamentar el inicio del procedimiento de resolución del contrato en causa distinta de la del acuerdo adoptado, que es, insistimos en ello, la declaración de concurso del contratista”. Por tanto, considera que “el fundamento de la decisión discrecional debe venir referido (...) al impacto de la resolución del contrato en el interés público que con su ejecución se pretende atender”.

En cuanto a los efectos de la resolución, afirma que “no cabe requerir a la contrata la supuesta liquidación de unas obras suspendidas temporalmente sin que se haya dictado el acto que ponga fin al procedimiento de resolución del contrato, máxime cuando este acto debe dar lugar a la comprobación,

medición y liquidación de las obras realizadas por el procedimiento previsto en el artículo 239 del TR de la Ley de Contratos del Sector Público”.

12. Con fecha 28 de mayo de 2013, el Jefe del Servicio de Contratación suscribe una nueva propuesta de resolución en la que, manteniendo el sentido y los fundamentos de la anterior, analiza las alegaciones del contratista. Así señala que, “tal y como la propia empresa reconoce en su escrito, la decisión de resolver un contrato administrativo en caso de que el contratista sea declarado en concurso de acreedores es potestativa para la Administración (artículo 112.7 TRLCAP), no estando obligada a continuar con su ejecución si estima, ponderando las circunstancias concurrentes, que ello contraviene el interés público. En cualquier caso, la continuación de las obras requeriría que por la empresa se prestasen garantías suficientes para asegurar la correcta ejecución del contrato; garantías que deben materializarse para proseguir el desarrollo del mismo”.

Tras manifestar que “no es cierto, en modo alguno”, que no se motiven “las razones que aconsejan resolver el contrato”, como afirma el contratista, reseña que “es precisamente el interés público el que lleva a acordar la redacción del proyecto modificado n.º 1 de las obras de referencia para solventar los problemas que han mantenido en suspenso el contrato desde el año 2010 hasta la actualidad”, y que tal interés “se vería gravemente menoscabado por la situación concursal de la empresa, ya que, como se indicaba en la propuesta, al haber sido declarada en concurso de acreedores, la contratista incurre en una causa de prohibición de contratar que impediría la formalización del contrato modificado n.º 1, necesario para llevar a buen fin las obras. No puede afirmarse, por tanto, que no se haya ponderado el interés público concurrente a la hora de iniciar el procedimiento de resolución contractual, ni que haya ausencia de motivación de este aspecto”.

En cuanto al orden de prelación temporal de las causas de resolución del contrato, señala que, sin perjuicio de su aplicación, en el caso de que “concurra una causa previa (como es la suspensión por más de ocho meses del contrato

por causas no imputables al contratista) y no haya sido alegada por la parte a la cual no es imputable cuando pudo serlo, dicha causa no produce efecto extintivo”.

Respecto a los efectos de la resolución, considera que “el artículo 172 (del) RGLCAP, relativo a la resolución del contrato cuando las obras hayan de ser continuadas, obliga a que la propuesta de resolución se acompañe ya de propuesta de liquidación”.

13. El día 3 de junio de 2013, un Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias suscribe un informe en el que concluye que “concorre la causa de resolución del contrato a la que se refiere la propuesta de resolución”. El informe no se extiende a los efectos de la resolución, al entender su autor que, “de acuerdo con lo que disponen los artículos 111 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, 109 del Reglamento General de Contratación y 6.1.d) del Decreto 20/97, de 20 de marzo, por el que se regula la Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, adoptar la decisión de resolver un contrato y establecer los efectos de tal decisión han de ser objeto de dos decisiones diferentes, y sobre la segunda el Servicio Jurídico no tiene que emitir informe”.

14. Con fecha 24 de junio de 2013, el Jefe del Servicio de Contratación suscribe nueva propuesta de resolución en términos idénticos a la anterior.

15. Ese mismo día, la titular de la Consejería dicta Resolución por la que se acuerda la “suspensión del plazo de tres meses para resolver y notificar el procedimiento de resolución del contrato (...) por el tiempo que medie entre la solicitud del preceptivo dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias y la recepción del mismo”, lo que se notifica al contratista el 28 de junio de 2013.

16. En este estado de tramitación, mediante escrito de 8 de julio de 2013, registrado de entrada el día 16 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de obras de ampliación del saneamiento y depuración de la parroquia de Tol (Castropol), adjuntando a tal fin copia compulsada del expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- De acuerdo con los preceptos citados, la consulta preceptiva a este Consejo sobre resolución de contratos administrativos está condicionada a que "se formule oposición por parte del contratista".

En el asunto sometido a nuestra consideración no consta acreditada la representación de quien, en nombre de la empresa adjudicataria, formula su oposición a la propuesta de resolución contractual realizada por la Administración. El escrito de oposición lo firma una persona distinta de aquella que en su día formalizó el contrato con la Administración consultante en calidad de representante de la sociedad.

A propósito de la representación, el artículo 32.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), establece que, “Para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación”.

En la medida en que la oposición del contratista condiciona el carácter de la consulta a este Consejo, consideramos que no ha de calificarse este acto como de mero trámite, sin que pueda presumirse aquella. Desconocido el título con que actúa quien firma en nombre de la adjudicataria la oposición a la resolución contractual, este Consejo no podría pronunciarse sobre el fondo del asunto si falta el presupuesto subjetivo que convierte la consulta en preceptiva, esto es, la acreditación de quien se opone a la pretensión del órgano consultante.

No obstante, puesto que la Administración ha admitido, sin más, la representación del firmante, podríamos entender que quien suscribe el escrito de alegaciones pudo actuar como “factor notorio”, resultando de aplicación analógica lo dispuesto en el artículo 286 del Código de Comercio, cuyo tenor literal dispone que “Los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocidas, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos”.

A tenor de dicho razonamiento, de acuerdo con el principio constitucional de eficacia administrativa, y a efectos de la emisión de este dictamen, entendemos de aplicación lo establecido en el artículo 32.4 de la LRJPAC, que permite subsanar la falta o insuficiente acreditación de la representación antes de dictarse la resolución que ponga fin al procedimiento, dentro del plazo de diez días, que habrá de conceder al efecto el órgano instructor, o de un plazo superior si las circunstancias lo requieren.

TERCERA.- La calificación jurídica del contrato que analizamos es la propia de un contrato administrativo de obras.

Iniciado el expediente de contratación durante la *vacatio legis* de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), su instrucción se ha llevado a cabo con arreglo a lo señalado en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP). El apartado 1 de la disposición transitoria primera de la LCSP señala, en este sentido, que “Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se registrarán 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”.

No obstante, adjudicado el contrato el día 10 de septiembre de 2008, encontrándose ya en vigor la LCSP, su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en esta Ley y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, pues los efectos, cumplimiento y extinción del contrato se rigen por la norma vigente en el momento de la adjudicación, aun cuando aquella sea distinta de la aplicable a los actos de preparación del contrato, como sucede en este caso. Así resulta del juego de lo establecido en las disposiciones final duodécima y transitoria primera de la LCSP. Ordena la citada en primer lugar que “La presente Ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, salvo la disposición transitoria séptima, que entrará en vigor el día siguiente al de la publicación”, en tanto que la segunda -que reproduce en idénticos términos la homónima del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, actualmente en vigor-, tras establecer el régimen aplicable a la tramitación de

“los expedientes de contratación” en los términos ya señalados, preceptúa que “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 su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”. Por tanto, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato, en este caso, no es el del TRLCAP sino el establecido por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente, según resulta del artículo 19 de la citada Ley, las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

No obstante, al objeto de determinar la ley aplicable al procedimiento de resolución contractual y a la competencia del órgano que debe acordarla hemos de remitirnos al momento de incoación del procedimiento resolutorio, que en este caso ha tenido lugar mediante Resolución de la Consejera de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de 2 de mayo de 2013, lo que implica la aplicabilidad del TRLCSP.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 194 de la LCSP, cuyo contenido se corresponde con el del artículo 210 del TRLCSP actualmente en vigor, la Administración ostenta la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta dentro “de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”.

El ejercicio de tal prerrogativa, a fin de garantizar no solo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. Si se incumple el procedimiento, la imputación de la causa resolutoria pierde su legitimación, pues, como acabamos de indicar, aquella potestad solo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley.

El artículo 109.1 del RGLCAP sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos: audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en caso de propuesta de oficio; audiencia, en el mismo plazo, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía, e

informe del Servicio Jurídico, salvo que este último no sea necesario atendiendo a la causa resolutoria.

El expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento de todos los trámites señalados.

CUARTA.- En relación con el fondo del asunto, hemos de indicar, en primer lugar, que el contratista está obligado a ejecutar el contrato con arreglo a lo dispuesto en sus cláusulas y en las de los pliegos anejos a él, que se consideran documentos contractuales. Por tanto, en caso de concurrir causa resolutoria, es el interés público el que ampara la decisión de la Administración de resolver el contrato; si bien, para ello, se requiere que tal medida sea adecuada y conforme a la normativa vigente y a las cláusulas establecidas en el mismo.

Con arreglo al marco normativo antes señalado, resulta aplicable a la determinación de las causas y efectos de la resolución de este contrato la LCSP. Por tanto, son causas de resolución las recogidas en el artículo 206 de la misma Ley y, en cuanto al contrato de obras, en el artículo 220 del mismo texto legal, que contempla determinadas especialidades de este tipo contractual, sin perjuicio de la remisión general al citado artículo 206.

Tanto la resolución de inicio como la propuesta que se somete a nuestra consideración señalan como causa de la resolución contractual pretendida la declaración de concurso de la empresa adjudicataria al amparo del artículo 111, letra b), del TRLCAP -equivalente al 206, letra b), de la LCSP-. No obstante, el análisis detenido de sus fundamentos jurídicos evidencia que la resolución contractual propuesta no va dirigida a precaver los perjuicios al interés público que se derivarían de un eventual incumplimiento del contrato ante la situación de crisis financiera del contratista, como es propio de esta causa resolutoria. En realidad, la Administración fundamenta la resolución que propone en la necesidad de reformar el contrato al objeto de "solventar los problemas" que lo "han mantenido en suspenso (...) desde el año 2010 hasta la actualidad", y en el entendimiento de que tal modificación no puede llevarse a cabo porque, "al haber sido declarada en concurso de acreedores, la contratista incurre en una

causa de prohibición de contratar que impediría la formalización del contrato modificado”.

Ahora bien, por lo que se refiere a la modificación del contrato, no consta que, aunque el contratista no se hallase incurso en prohibición de contratar, fuera posible reformarlo.

Sobre esta cuestión, ha de tenerse en cuenta que, aun cuando la cláusula 23 del pliego de las administrativas particulares remite, respecto del régimen de modificación contractual, a lo establecido en el TRLCAP -que era la norma vigente en el momento de redactarse aquel documento-, el contrato se rige, como ya hemos razonado en la consideración tercera, por la LCSP.

El artículo 202 de la LCSP, en la redacción vigente al tiempo de adjudicarse el contrato, establecía que las modificaciones “no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato”. Posteriormente, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante LES), modifica la LCSP con la finalidad de acomodar plenamente nuestro Derecho interno a las Directivas y la jurisprudencia comunitaria en la materia, y con aquel propósito introduce en el artículo 92 quáter, respecto de las modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, una relación de supuestos en los que “se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación”, junto con un listado de circunstancias habilitantes, en ausencia de las cuales no es posible reformar el contrato. Dado que el nuevo régimen de modificación introducido por la LES no surge *ex novo*, el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea impone considerar que aquel resulta aplicable no solo a los contratos adjudicados después de su entrada en vigor, sino también a los adjudicados antes. Así lo entienden también, a falta de un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, cierta jurisprudencia menor, diversos órganos consultivos, la Abogacía General del Estado -que se ha pronunciado sobre este asunto en la Circular N.º 1/2011- y un amplio sector doctrinal.

Puesto que el objeto del modificado consiste, según indica el Ingeniero Director de las Obras en su solicitud de autorización para la redacción del proyecto modificado, en “sustituir la estación depuradora por una estación de

bombeo de las aguas residuales”, lo que supondría “una disminución del presupuesto vigente inferior al 20%”, el juicio sobre la posibilidad o no de modificar el contrato requiere tener presente todo lo indicado anteriormente a propósito del Derecho aplicable.

Por otra parte, la incursión sobrevenida del contratista en causa de prohibición de contratar, a menos que se trate de la declaración de insolvencia, no es causa automática de resolución del contrato, excepto que así se haya consignado expresamente en los pliegos o en el propio documento contractual, de conformidad con lo señalado en el artículo 206, letra h), de la LCSP, como ya hemos señalado en nuestro Dictamen Núm. 232/2011.

Por ello, y para no desvirtuar el objeto de la consulta, solo nos queda preguntarnos si, atendidas las circunstancias concurrentes en el asunto que analizamos, y al margen de las consecuencias que la incapacidad sobrevenida pudiera tener en la relación jurídica original, el contrato puede resolverse por haber sido declarado el adjudicatario en concurso.

La recta aplicación de la causa resolutoria establecida en el artículo 206, letra b), de la LCSP, como este Consejo ya ha señalado en sus Dictámenes Núm. 55/2009 y 61/2009, impide que la Administración pueda ampararse únicamente en la formal declaración de concurso para resolver el contrato. Al contrario, la resolución contractual amparada en tal precepto requiere que la Administración pondere los riesgos que comporta para el interés público el mantenimiento del vínculo contractual constante la situación de concurso y decida, en consecuencia, si procede acordar la resolución del contrato o bien disponer su continuación, la cual tendrá lugar si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de la Administración para su ejecución, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.5 de la LCSP. Tal ponderación no se ha hecho en este caso, por lo que el contrato no puede resolverse al amparo de lo dispuesto en el artículo 206, letra b), de la LCSP.

Ahora bien, lo anterior no implica que el contrato no pueda resolverse por causa de haberse declarado el contratista en situación de concurso, si bien con una base jurídica diferente.

En efecto, el artículo 206, letra h), de la LCSP dispone que son causas de resolución del contrato “Las establecidas expresamente en el contrato”, siendo evidente que en la expresión entrecomillada deben entenderse comprendidas también las señaladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, cuyas cláusulas, según precisa el artículo 99.3 de la LCSP, se considerarán “parte integrante” del contrato. En el asunto que analizamos, aunque la Administración consultante parece no reparar en ello, lo cierto es que la redacción de la cláusula 25, apartado 2, del pliego de las administrativas particulares configura la declaración de concurso como causa especial de resolución al determinar que “La falta de constitución de la fianza definitiva y el incumplimiento del plazo de inicio de la ejecución del contrato, así como la declaración de quiebra, la de concurso de acreedores o la de insolvente fallido en cualquier procedimiento originará siempre la resolución del contrato”. Por ello, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 99.3 y 206, letra h), de la LCSP, en este caso concreto, la situación de concurso ha de dar lugar a la resolución automática del contrato, atendido el tenor literal de la cláusula 25, apartado 2, del pliego de las administrativas particulares.

Por lo que a los efectos de la resolución contractual se refiere, ha de estarse, en primer lugar, a lo señalado en el artículo 222, apartado 1, de la LCSP, en el que se establece que “La resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista. Será necesaria la citación de éste, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición”.

Finalmente, y respecto a los efectos de la resolución del contrato sobre la garantía definitiva, la observancia del artículo 208, apartado 4, de la LCSP, en el que se establece 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”, impone que aquella deba mantenerse sin cancelarse hasta que, ultimada la vía judicial, se evidencie si el concurso ha recibido o no la calificación que determina su pérdida.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución, por causa de declaración de concurso del adjudicatario, del contrato de obras de ampliación del saneamiento y depuración de la parroquia de Tol (Castropol), adjudicado a la empresa "X", con los efectos expresados en el cuerpo de este dictamen."

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.