

Expediente Núm. 245/2009
Dictamen Núm. 55/2009

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Jiménez Blanco, Pilar
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
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 7 de mayo de 2009, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V.E. de 1 de abril de 2009, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de rehabilitación y ampliación del Colegio Público, adjudicado a la empresa

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 25 de febrero de 2008, el Consejero de Educación y Ciencia dicta Resolución por la que se adjudica a la empresa aquí interesada el contrato de obras de rehabilitación y ampliación del Colegio Público, por un precio de cuatro millones doscientos cuarenta y tres mil trescientos cinco euros con veintiocho céntimos (4.243.305,28 €) y un plazo de ejecución de veinticinco (25) meses. En el acuerdo de adjudicación se hace constar que ésta ha sido

propuesta por la Mesa de Contratación en sesión celebrada el día 31 de enero de 2008, por ser la contratista que “obtuvo mayor puntuación”.

El día 14 de marzo de 2008 se formaliza, en documento administrativo, el referido contrato, figurando en su cláusula tercera el mencionado plazo de ejecución de veinticinco meses y señalándose, en la sexta, que “si el contratista, por causas imputables al mismo, hubiese incurrido en demora respecto de los plazos parciales de manera que haga presumir racionalmente la imposibilidad de cumplimiento del plazo final (...) la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato con la pérdida de fianza o por la imposición de las penalidades”.

Consta, asimismo, en las actuaciones el documento acreditativo de la constitución de la garantía definitiva por la adjudicataria.

2. Obra incorporado al expediente el pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación, por procedimiento abierto y mediante concurso, de las mencionadas obras.

Con referencia al plazo de ejecución, la cláusula 5 se remite al “Cuadro-Resumen, Apartado D”, que recoge un plazo total de 30 meses, aclarando la cláusula 8.5 c) que la reducción ofertada por los licitadores será vinculante. Añade la mentada cláusula 5 que los plazos parciales serán los que se fijen en la aprobación del programa de trabajo a presentar por el contratista adjudicatario.

La cláusula 25 prescribe que “las causas señaladas en los artículos 111 y 149 del texto refundido, son causa de resolución del contrato”, justificándose a continuación que “los efectos de la resolución se determinarán de acuerdo con lo dispuesto en el art. 113 y 151 del TRLCAP y 110 a 113 y 172 del RGLCAP”.

La cláusula 26 dispone que “si el contratista, por causas imputables al mismo, hubiese incurrido en demora respecto al cumplimiento de los plazos parciales de manera que haga presumir racionalmente la imposibilidad de cumplimiento del plazo total (...), el órgano de contratación podrá optar

indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades (...), de conformidad con lo establecido en el artículo 95 del TRLCAP”.

En lo que a prerrogativas de la Administración se refiere, señala la cláusula 29 que “el órgano de contratación tiene la prerrogativa de interpretar el contrato administrativo, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento (...), acordar su resolución y determinar los efectos de ésta, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

3. Se incorpora a lo actuado un informe del Arquitecto Director de Obra, fechado el 4 de diciembre de 2008 y dirigido a la Consejería de Educación y Ciencia (en adelante Consejería), en el que se hace constar que “las obras de referencia se encuentran paralizadas desde el día 7 de octubre de 2008, por lo que no será posible su terminación en los plazos previstos”.

4. Con fecha 9 de enero de 2009, notificada a la adjudicataria el día 18 del mismo mes, el Consejero de Educación y Ciencia dicta Resolución por la que se acuerda iniciar el procedimiento de resolución del contrato, “sin que proceda la incautación de la garantía definitiva”.

Según se detalla en los antecedentes, “entre los meses de mayo a octubre de 2008 se ejecuta y certifica obra (...) a un ritmo de ejecución claramente por debajo del que corresponde (...). Los servicios técnicos de la Consejería (...) y la dirección de obra han constatado que, desde los primeros días de octubre de 2008, no se ha ejecutado tajo alguno en la obra, no habiéndose certificado obra en los meses de noviembre y diciembre (...). Con fecha (...) 13 de noviembre de 2008, el Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de A Coruña dictó Auto por el que se declara a (la aquí adjudicataria) en situación legal de concurso voluntario de acreedores y se nombran administradores concursales”.

Entre los fundamentos jurídicos se destaca que concurre “la causa de resolución prevista en el artículo 111.b) del TRLCAP, esto es `la declaración de concurso (...)´ ya que (...) se declara (a la contratista) en situación legal de concurso voluntario (...). Tal como se halla configurada dicha causa de resolución en el TRLCAP, ésta es de potestativo ejercicio por parte de la Administración en tanto no se abra la fase de liquidación”, razonándose que, a la vista de los retrasos acumulados y la paralización de los trabajos, “la adjudicataria no se encuentra en condiciones técnicas ni económico-financieras de terminar la obra en los plazos pactados”. Se invoca, finalmente, el “interés general presente en la necesidad de garantizar la puesta en uso de una obra en los plazos previstos para así dotar a la comunidad educativa de una infraestructura (...) necesaria”.

5. El día 26 de enero de 2009, un representante de la contratista (el mismo que concurrió a la adjudicación) presenta, en la Ventanilla Única de la Delegación del Gobierno en Galicia, un escrito de alegaciones en el que expone su “total y absoluta oposición a la resolución del contrato”, pues “se encuentra actualmente en las condiciones necesarias para ejecutar(lo)” y se están realizando “con gran éxito todos los trámites y gestiones tendentes a garantizar que la empresa dispondrá de la viabilidad económico-financiera necesaria”. Aduce, asimismo, que la adjudicataria es titular de “muchos contratos de obras suscritos con diferentes Administraciones Públicas, contratos que, a pesar de la situación concursal en la que se encuentra esta parte, han sido debidamente ejecutados”, lo que es demostrativo de su “capacidad y (...) solvencia”, resaltándose que el procedimiento concursal concluirá, “con la mayor probabilidad (...), mediante la suscripción del oportuno convenio y la aprobación judicial del correspondiente plan de viabilidad”, e insistiendo en que “existen garantías suficientes en la actualidad” de que la contratista “cumplirá íntegramente con sus obligaciones”.

Alega, a continuación, que es preferible para el interés público “no interrumpir la construcción” y que la resolución contractual derivaría en un nuevo procedimiento de adjudicación, “lo cual implicará un mayor retraso”.

Contrapone que “es precisamente la Administración del Principado de Asturias, quien, al adeudar (...) importantes sumas de dinero” a la adjudicataria “ha contribuido a generar” los problemas de liquidez y solvencia, los cuales “se resolverían (en) buena parte” si se saldasen aquellas deudas.

En cuanto a los retrasos en la ejecución, se reseña que “fueron debidos en gran medida a causas completamente ajenas a esta parte”, aludiendo a continuación a “inclemencias meteorológicas” y a un error en el cómputo de la obra ejecutada y certificada, que es superior a la pretendida en el acuerdo de iniciación y representa “alrededor del 35% del importe correspondiente a la anualidad de 2008”.

6. Se incorpora al expediente el Auto del Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de A Coruña, fechado el 13 de noviembre de 2008, por el que se declara “en situación legal de concurso voluntario” a la empresa adjudicataria, a solicitud propia presentada el día 11 del mismo mes, invocando, según se recoge en el auto, “la situación económica actual de especial incidencia en el mercado de la construcción (...), retrasos en la conclusión de las obras, e incluso la paralización de algunas”, y una deuda vencida que “excede a la fecha de la solicitud de los catorce millones de euros”. En su parte dispositiva concreta el auto que la deudora conserva las facultades de administración y disposición de su patrimonio, bajo la “intervención de los administradores concursales”, que se nombran.

7. Mediante escrito de 3 de febrero de 2009, notificado el día 9 del mismo mes, el Jefe del Servicio de Apoyo Técnico de la Consejería requiere a la adjudicataria para que, con relación al escrito de alegaciones, remita “documentación en la que conste la autorización o conformidad de los

administradores concursales, para el ejercicio de acciones de la entidad en el presente procedimiento administrativo (...), advirtiéndole que si así no lo hiciera se le tendrá por decaído en dicho trámite, continuando el procedimiento incoado". No consta respuesta alguna al citado requerimiento.

8. Se aporta a las actuaciones una certificación, librada con fecha 25 de febrero de 2009, a solicitud de la Consejería, por el Arquitecto Técnico que actuó como "Director de Ejecución hasta finales de octubre de 2008", en la que éste manifiesta que "girada visita de reconocimiento (...) las obras se encuentran totalmente paralizadas desde el día 10 de octubre de 2008, en cuya fecha se concluyó la ejecución de la solera de la planta baja de la Fase I".

9. El día 3 de marzo de 2009, la Jefa del Servicio de Apoyo Técnico de la Consejería eleva propuesta de resolución en la que, después de referir los antecedentes del caso y recoger las alegaciones formuladas por la contratista, señala los fundamentos de derecho en que se basa.

Entre ellos, reproduce los citados en la resolución de incoación y añade, respecto a las alegaciones de la empresa contratista, que, "aun considerando que no son válidas por no contar con la conformidad de los administradores concursales", la indicación de que "se están realizando, con gran éxito, todos los trámites (...) tendentes a garantizar que la empresa dispondrá de la viabilidad económico-financiera necesaria" presupone que "en ese momento no dispone de dicha viabilidad", y que, si en octubre de 2008 se hubiera procedido a la resolución contractual "ya se habría adjudicado nuevamente la continuidad de las obras, que por otra parte y al día de la fecha siguen paradas". En lo que atañe a las "inclemencias meteorológicas" aducidas por la empresa, se aduce el principio de riesgo y ventura, concluyendo que, "aun (...) concediéndole el beneficio de la duda" en cuanto a su realidad, sólo justificarían algún retraso en la ejecución y no la paralización total "por un periodo que ya supera los cuatro meses".

Reconoce que en la resolución inicial se consignó un importe de obra ejecutada inferior al real, y manifiesta que ello no obsta la resolución contractual, por cuanto “en 2008 sólo se ejecutó un 34,39% del total de la obra prevista para esa anualidad (...) y desde octubre de 2008 (...) no se ha ejecutado (...) trabajo alguno”.

Por último, en relación con las cantidades eventualmente adeudadas por la Administración, se señala que ello no puede justificar la paralización de las obras, sino que únicamente fundamentaría la pertinente reclamación, y que sólo queda pendiente, “en algún caso, el abono de la posible certificación final de la obra, que supondría como máximo un 10% del importe de adjudicación”.

Tras lo anterior, se propone la resolución del contrato “por incumplimiento culpable del contratista”.

10. Con fecha 23 de marzo de 2009, a requerimiento del Secretario General Técnico de la Consejería, emite informe el Servicio Jurídico del Principado de Asturias. En él, tras recoger los antecedentes del caso, se informa favorablemente la resolución del contrato por concurrir “causa legal fundamentada y no desvirtuada por las alegaciones del contratista (...), si bien, contrariamente a lo propuesto (...), la resolución no debe ser por la causa de ‘incumplimiento culpable del contratista’ que daría lugar a la incautación de la garantía definitiva (...), sino por (...) la declaración de concurso del contratista, circunstancia que (...), por ser ajena al contrato, no puede ser constitutiva de un incumplimiento”.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 1 de abril de 2009, registrado de entrada el día 6 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 rehabilitación y ampliación del Colegio Público, adjuntando a tal fin una copia autenticada 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.

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”. La oposición fue presentada, pero sin haberse acreditado la autorización o conformidad con la misma de los administradores concursales, cuya intervención ha de exigirse, en aplicación de los artículos 40 y 54.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en el ejercicio de acciones de índole patrimonial. Ello no obstante, dado que la sanción que la ley anuda a aquella falta es la mera anulabilidad y que el pronunciamiento de este Consejo viene a representar una garantía adicional para los interesados en el procedimiento, nada obsta a la emisión del dictamen solicitado.

SEGUNDA.- El contrato que vincula a las partes es de naturaleza administrativa, suscrito al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.2.a) del entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, al tratarse de un contrato típico de ejecución

de obras. Consecuentemente, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 7, apartado 1, del TRLCAP, el régimen jurídico del contrato suscrito es el establecido por el propio TRLCAP y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Sentado, pues, que nos hallamos ante un contrato típico de obras, debemos puntualizar que, por razón del tiempo en que fue adjudicado (25 de febrero de 2008), resultan de aplicación a su régimen jurídico sustantivo, tal como se recoge en la cláusula 2 de las administrativas particulares, el TRLCAP; 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, y el Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, por el que se aprueba el "Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado", en cuanto no se oponga a lo establecido en el TRLCAP. Asimismo, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), establece en su disposición transitoria primera que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor se regirán, en cuanto a su extinción, entre otros aspectos, por la normativa anterior. Ahora bien, para la determinación de la ley aplicable al procedimiento de resolución del contrato hemos de remitirnos al momento de incoación del procedimiento, en este caso el 9 de enero de 2009, fecha en la que estaba ya vigente la LCSP.

En la cláusula 29.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares, en reiteración de lo establecido en el artículo 59.1 del TRLCAP, se dispone que el órgano de contratación ostenta, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la ley, la prerrogativa de "acordar su resolución y determinar los efectos de ésta".

El ejercicio de dichas prerrogativas, a fin de garantizar no sólo 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 mencionar, aquella potestad sólo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley.

En este sentido, debemos señalar que, acordado el inicio del procedimiento para la resolución por el órgano competente (titular de la Consejería de Educación y Ciencia), ha sido, en lo esencial, correctamente instruido con arreglo a lo dispuesto en el artículo 207 de la LCSP, que remite a las normas de desarrollo de la misma, y en el artículo 195 de la propia Ley. A tenor de estas normas, en relación con lo establecido en el artículo 109.1 del RGLCAP, la resolución del contrato se sujeta, concurriendo las circunstancias, al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) audiencia del contratista por un plazo de diez días naturales; b) audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador, cuando el procedimiento afecte a la garantía prestada; c) informe del Servicio Jurídico, y d) dictamen del Consejo Consultivo, dado que se ha formulado oposición por parte del contratista.

En el procedimiento que analizamos se cumplen tales requisitos, puesto que se ha dado la preceptiva audiencia al empresario contratista -que se opone a la resolución en los términos antes expresados-, sin que se requiera la del avalista al no perseguirse la incautación de la garantía, y se ha incorporado el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias. Además, como fundamento de la decisión administrativa, se adjuntan un informe del Arquitecto Director de Obra, fechado el 4 de diciembre de 2008, en el que se constata la paralización de aquélla desde principios del mes de octubre, y una posterior certificación técnica, librada el 25 de febrero de 2009, que corrobora la inejecución a dicha fecha, así como los pliegos que rigen la contratación y el contrato suscrito, documentación que juzgamos indispensable para la correcta determinación y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución que ponga fin al procedimiento.

Asimismo, en cuanto a la competencia para acordar la resolución del contrato, una vez cumplidos los trámites que acabamos de examinar,

corresponde aquélla, tal y como se indica en el fundamento de derecho primero de la propuesta de resolución, al órgano de contratación, según lo establecido en el artículo 37 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias, en relación con el artículo 109.1 del RGLCAP y el artículo 292.4 de la LCSP, si bien requerirá previa autorización para ello del Consejo de Gobierno, en aplicación de lo dispuesto en los referidos preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público y el Reglamento General vigente, y en el artículo 38 de la ya citada Ley del Principado de Asturias 2/1995, de 13 de marzo, al tratarse de un contrato cuya celebración ha sido autorizada por el Consejo de Gobierno, por corresponder a éste autorizar el gasto cuando se comprometen fondos públicos de carácter plurianual.

Por último, hemos de advertir de que este Consejo Consultivo ha manifestado su criterio contrario a la aplicación supletoria de la LRJPAC en materia de caducidad en los procedimientos de resolución contractual, sosteniendo que no cabe “anudar al transcurso de un plazo de tres meses sin resolución expresa (...) la caducidad de dicho procedimiento de resolución” (Dictamen Núm. 68/2008, consideración jurídica cuarta, *in fine*).

Ahora bien, a pesar de las sólidas razones que avalan esta doctrina, que comparten el Consejo de Estado, de modo constante (por todos, su reciente Dictamen 1382/2008, de 9 de octubre), otros Consejos Consultivos y abundante jurisprudencia menor, no desconocemos que el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), en Sentencia de 13 de marzo de 2008, se ha pronunciado en sentido opuesto, confirmando en su *ratio decidendi* el criterio ya apuntado por la Sala Tercera del Alto Tribunal en sus Sentencias de 2 de octubre de 2007 y 19 de julio de 2004.

En consecuencia, este Consejo, sin perjuicio del criterio que mantenemos y de las consideraciones sobre el fondo de la consulta que realizaremos a continuación, ilustra a la autoridad consultante acerca del criterio judicial señalado, al objeto de que valore la conveniencia de incoar un nuevo procedimiento ajustándose al plazo máximo antes citado, para asegurar la

eficacia de unas actuaciones administrativas orientadas a preservar el interés público en las relaciones contractuales ante eventuales impugnaciones basadas en aspectos formales o procedimentales.

TERCERA.- En relación con el fondo del asunto, hemos de indicar, en primer término, 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 ello, 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 dicho contrato.

Con arreglo al marco normativo antes señalado, resulta aplicable a la determinación de las causas y efectos de la resolución de este contrato el TRLCAP. Por tanto, las causas de resolución aplicables son las recogidas en el artículo 111 del TRLCAP y, en cuanto al contrato de obras, en el artículo 149 del mismo texto legal, que contempla determinadas especialidades de este tipo contractual, sin perjuicio de la remisión general al citado artículo 111. Este precepto señala como causas de resolución, entre otras, “la declaración de concurso” (apartado b), “la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista” (apartado e), y “aquellas que se establezcan expresamente en el contrato” (apartado h). Por otra parte, tanto el pliego de cláusulas particulares como el contrato, aparte de remitirse a las causas generales, recogen la fundada en la “demora respecto de los plazos parciales de manera que haga presumir racionalmente la imposibilidad de cumplimiento del plazo final”.

Instruido el presente procedimiento por la causa resolutoria consistente en la declaración de concurso del contratista, y sin perjuicio de que lo actuado permita objetivamente articular otras posibles causas, debemos pronunciarnos

sobre aquella originaria imputación, única sometida al esencial principio de contradicción procesal.

Ante todo, hemos de partir de que la declaración de concurso del contratista tiene un singular tratamiento resolutorio introducido por la Ley Concursal en el TRLCAP, cuyo artículo 112.2 consagra, al igual que el artículo 206 de la vigente LCSP, dos trascendentes especialidades: una, en relación con el margen de maniobra de la Administración, pues la apertura de la fase de liquidación en el proceso concursal determina automática e inexorablemente la resolución de los contratos vigentes; otra, en contraste con la regla general del artículo 61 de la Ley Concursal, pues, en tanto no se produzca aquella apertura, la sola declaración de concurso permite a la Administración, a diferencia de lo que ocurre con los operadores privados, acudir a la resolución de los contratos administrativos. Así se corrobora a la vista del apartado 7 del propio artículo 112 del TRLCAP, a cuyo tenor la Administración “potestativamente continuará el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución”.

En la aplicación de esta potestad resolutoria hemos de arrancar de dos premisas: la primera de ellas es que, como en toda potestad administrativa, las facultades de la Administración no son omnímodas, sino que están presididas por la finalidad constitucional de servir con objetividad a los intereses generales, debiendo justificarse ese ajuste al interés público; la segunda, que no podemos desconocer el sustrato sobre el que se elabora esta especialidad para la contratación administrativa ni las consecuencias de esta construcción, cuales son la *vis expansiva* del régimen general y la interpretación estricta de la excepción. En este sentido, hemos de subrayar que la Ley Concursal alumbró un principio tuitivo de la continuidad en la actividad empresarial, frente al que se sacrifica la posibilidad de resolver los contratos por la sola causa de la declaración de concurso. Esto es, el legislador eleva a interés general la continuidad de las empresas total o parcialmente viables, obligando a los operadores privados a soportar el riesgo de crisis de la contraparte. Frente a

ello -y contradictoriamente, se ha dicho-, el mismo legislador considera que aquel interés protegido puede ceder ante los riesgos que la crisis empresarial entraña para el correcto desenvolvimiento de los contratos administrativos, permitiendo a la Administración acudir -potestativamente- a la resolución de aquéllos. En suma, la Ley Concursal configura una excepcional potestad resolutoria con la que se traslada a la decisión administrativa el amparo de uno u otro interés, previa ponderación *ad casum* de las circunstancias concurrentes; lo único que la Ley opera es una excepción al veto general para que la Administración pueda valorar singularmente cada una de las situaciones planteadas. En este contexto, hemos de concluir que la finalidad que justifica el ejercicio de la potestad resolutoria es la adecuada ejecución de los contratos administrativos ante los riesgos concretos, ciertos o inminentes, derivados de la situación empresarial; dicho en otros términos, la resolución nunca puede ampararse en la formal declaración de concurso -lo que pugnaría con aquella regla general-, sino que ha de fundarse en el trasfondo fáctico que subyace a esa declaración y sus consecuencias sobre el cumplimiento del contrato. Faltando, cuando menos, ese riesgo patente de incumplimiento, debe prevalecer el principio general de continuidad en la actividad empresarial.

En el supuesto que nos ocupa, el auto que declara la situación legal de concurso, solicitada por la mercantil con fecha 11 de noviembre de 2008, se fundamenta en datos aportados por la propia solicitante, que invoca los retrasos, la paralización de algunas obras, y una deuda vencida que “excede a la fecha de la solicitud de los catorce millones de euros”. Respecto al contrato cuya resolución se insta, la propia adjudicataria reconoce, en su escrito de alegaciones, que la obra ejecutada representa sólo “alrededor del 35%” del total previsto para el año 2008. A su vez, el informe del Arquitecto Director de Obra, fechado el 4 de diciembre de 2008, constata que las “de referencia se encuentran paralizadas desde el día 7 de octubre de 2008, por lo que no será posible su terminación en los plazos previstos”, lo que resulta averado por el posterior informe del Arquitecto Técnico que actuó como Director de Ejecución

hasta finales de octubre de 2008, librado el 25 de febrero de 2009 tras una inspección ocular. Frente a ello, la empresa sólo alcanza a esgrimir que se están “realizando (...) con gran éxito todos los trámites (...) tendentes a garantizar que (...) dispondrá de la viabilidad económico-financiera necesaria”, pero sin ofrecer una concreta garantía, un principio de prueba o siquiera el pronunciamiento de los administradores concursales.

A tenor de los antecedentes que hemos expuesto, resulta indudable que el contratista ha incurrido en una situación de crisis empresarial que no sólo amenaza la puntual ejecución del contrato, sino que se ha materializado ya en un notable retardo y una más que aparente imposibilidad de ejecutarlo en plazo. A la vista de esas consecuencias, las consumadas y las naturalmente previsibles, hemos de concluir que el ejercicio de la potestad resolutoria se ajusta a los requerimientos materiales impuestos por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en el ámbito concursal ostenta una significación esencial un elemento que no se ha tomado aquí en consideración: el tiempo. En efecto, la propia institución descansa sobre el conocido principio *par conditio creditorum*, que aconseja una especial regulación de la prelación de créditos dirigida a que todos los acreedores -al menos, los del mismo grado- afronten una pérdida proporcional; régimen especial que sustituye al común en un momento temporal preciso, marcado por el auto judicial de declaración de concurso. De ahí las seculares cautelas y precauciones encaminadas a evitar que los acreedores burlen aquel nuclear propósito del derecho concursal.

A su vez, esta consideración enlaza con la doctrina consolidada del Consejo de Estado según la cual, ante la concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo, debe acudir a la que se hubiere manifestado con anterioridad desde un punto de vista cronológico (por todos, el Dictamen 4482/1998), lo que es relevante cuando las causas resolutorias surten distintos efectos en lo relativo a las consecuencias económicas de la extinción del contrato, y singularmente cuando una de ellas es la declaración de concurso del contratista. En definitiva, la Administración no puede optar libremente por

uno u otro fundamento resolutorio, y ya no sólo por aplicación de la doctrina general mencionada, sino por la consideración adicional de que no puede defraudarse el tránsito a un nuevo régimen de concurrencia y prelación de créditos que se extiende a las deudas de derecho público e impone, en aras al interés general tutelado por la Ley Concursal, un sacrificio que todos los acreedores están obligados a soportar. Expresado en términos casuísticos, la Administración no puede acudir a la resolución fundada en la crisis empresarial -sin incautación de garantía- cuando media un incumplimiento anterior al concurso, pues en tales situaciones el interés público exige esgrimir ese incumplimiento y ejecutar la garantía prestada (tal como haría un operador privado), máxime cuando, de lo contrario, el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados afrontaría un severo riesgo de quedar desatendido.

En el caso examinado, aunque el procedimiento se instruye únicamente por la causa resolutoria consistente en la declaración de concurso del contratista, puede apreciarse que lo actuado, tal como antes adelantábamos, permite objetivamente a la Administración articular otra posible causa resolutoria, derivada del incumplimiento de la empresa, pues quedan patentes los retrasos acumulados y el abandono de la obra.

Merece reseñarse que la misma resolución de inicio del procedimiento, al justificar el ejercicio de la potestad resolutoria, apunta materialmente hacia un incumplimiento previo de la adjudicataria, al afirmar que, a la vista de los retrasos acumulados y la paralización de los trabajos, aquélla “no se encuentra en condiciones técnicas ni económico-financieras de terminar la obra en los plazos pactados”. Además, tal como ya hemos destacado, la propia adjudicataria reconoce, en su escrito de alegaciones, que la obra ejecutada representa sólo “alrededor del 35%” del total previsto para el año 2008. Pero debemos detenernos, singularmente, en el informe del Arquitecto Director de Obra, fechado el 4 de diciembre de 2008, en el que se señala que “las obras de referencia se encuentran paralizadas desde el día 7 de octubre de 2008”, extremo éste que confirma la ulterior certificación del Arquitecto Técnico que

actuó como Director de Ejecución, en la que se manifiesta que “las obras se encuentran totalmente paralizadas desde el día 10 de octubre de 2008”. En definitiva, se infiere de lo actuado un abandono de la obra anterior en más de un mes a la solicitud de concurso.

En estas condiciones, la *vexata questio* se contrae a la eventual preexistencia en el tiempo de un incumplimiento resolutorio, para lo cual debemos atender al alcance de la denunciada paralización de la obra y a la causa resolutoria articulada tanto en el pliego de cláusulas administrativas particulares como en el contrato, consistente en la “demora respecto de los plazos parciales de manera que haga presumir racionalmente la imposibilidad de cumplimiento del plazo final”, en los términos de lo establecido en el artículo 111.e) del TRLCAP. A la vista de lo actuado, no podemos sino concluir que a la propia Administración le consta un abandono de la obra que antecede en más de un mes a la situación concursal, cuyo alcance y significación deben valorarse a la luz de la prolongada inactividad de la empresa (pues tampoco el concurso la exime de ejecutar lo comprometido) y que serían *per se* de suficiente entidad como para integrar una causa resolutoria anterior a la del apartado b) del artículo 111 del TRLCAP. Aparte de ello, puede observarse que el grado de ejecución de la obra, en relación al plazo final, era ya insuficiente al tiempo de declararse el concurso; en este sentido el reiterado informe del Arquitecto Director de Obra constata, a la vista de la paralización de aquélla, que “no será posible su terminación en los plazos previstos”. Si bien es cierto que tal apreciación se formula el 4 de diciembre de 2008, fecha de emisión del informe, el propio acto de inicio de este procedimiento y la propuesta de resolución en él formulada incorporan datos objetivos que dan a entender que, en el momento de la crisis empresarial (declaración de la situación legal de concurso), el retraso acumulado permitía ya presumir el incumplimiento del plazo final.

En suma, este Consejo estima que de lo actuado se deduce objetivamente un incumplimiento de la empresa que se manifiesta con prioridad en el orden cronológico, lo que impediría a la Administración acudir al supuesto

resolutorio sobre el que versa este procedimiento y la obligaría a disponer una resolución contractual fundada en el denunciado incumplimiento de la adjudicataria, que comportaría efectos económicos distintos.

Sin embargo, la Administración no ha ponderado expresamente todos los datos objetivos que pone de manifiesto en el expediente y, sin motivación explícita que justifique su aplicabilidad por ser preexistente en el orden temporal, opta por invocar una causa resolutoria en perjuicio de otra -salvo la mención contenida en la parte final de la propuesta de resolución, que no es congruente con los fundamentos de derecho en que se apoya y de la que no se extrae consecuencia alguna- con menoscabo del interés público que ha de resultar protegido. Consecuentemente, en el procedimiento instruido no ha invocado, ni analizado (aunque fuera para concluir su no aplicabilidad), la causa resolutoria que se apunta como correcta (recogida en el artículo 111.e) del TRLCAP y en el pliego de cláusulas rector del contrato), con los efectos de ella derivados, por lo que el contratista no ha podido pronunciarse sobre el particular en el oportuno trámite de alegaciones, en aras de la preservación del ineludible principio de contradicción. A mayor abundamiento, advertimos de que en el procedimiento no se ha dado audiencia a la entidad avalista o aseguradora, como sería preceptivo, al poder resultar afectada la garantía definitiva prestada.

Por ello, dado que ambos trámites serían ineludibles, exigiendo la instrucción de un nuevo procedimiento -y en él la emisión de los informes correspondientes-, el respeto de lo establecido en el artículo 3, apartado 4, de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, y la obligación de preservar el carácter final de nuestro dictámenes determinan que no podamos extender éste a una eventual resolución contractual por la causa expresada, distinta de la que ha sido objeto del procedimiento sometido a consulta.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede la resolución del contrato de obras de rehabilitación y ampliación del Colegio Público, adjudicado a la empresa, por causa de la declaración de concurso de la contratista, en los términos que hemos dejado expresados.”

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.