

En Logroño, a 15 de septiembre de 1.999, reunido en su sede provisional el Consejo Consultivo de La Rioja, con asistencia de los Consejeros D. Jesús Zueco Ruiz -que actúa como Presidente al abstenerse de intervenir en este asunto D. Ignacio Granado Hijelmo, por estimar que puede concurrir en el mismo causa legal de abstención-, D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D. Joaquín Ibarra Alcoya, siendo ponente D. Jesús Zueco Ruiz, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**23/99**

Correspondiente a la consulta formulada por la Excm. Sra. Consejera de Obras Públicas, Transporte, Urbanismo y Vivienda, sobre el expediente de resolución del contrato de ejecución de obras de construcción de viviendas y locales en el municipio de Galilea (La Rioja).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Antecedentes del asunto**

##### **Primero**

Por Resolución de 8 de enero de 1.993, el Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas y Urbanismo del Gobierno de La Rioja acuerda la resolución del contrato de las obras de construcción de 25 viviendas y locales de Protección Oficial, Promoción Pública, en Galilea.

Dicho acuerdo se dicta previa la tramitación oportuna, siendo de destacar, entre ella, la emisión por el Consejo de Estado del Dictamen de 26 de noviembre de 1.992 en que se expresa su parecer conforme a la precitada resolución.

##### **Segundo**

Con fecha 4 de julio de 1.995 tiene entrada en la Consejería de Obras Públicas y Urbanismo un escrito de ACC, S.R.C.C, S.A., fechado en 29 de junio anterior, en que suplica se dejara sin efecto la incautación de la fianza que dicha compañía había prestado en garantía del cumplimiento de las obligaciones de la contratista de obras, C.A., S.A., así como se le diera vista del expediente tramitado con retroacción de las actuaciones.

La indicada incautación de la fianza se había producido con ocasión de la ejecución del acuerdo rescisorio a que se hace alusión en el antecedente primero.

### **Tercero**

Denegada por Resolución de 4 de septiembre de 1.995, dictada por la Excm. Sra. Consejera de Obras Públicas y Urbanismo, la pretensión formulada por la aseguradora, se acude por ésta a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, incoándose los Autos 779/95 que determinan, previa la tramitación oportuna, el dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de la Sentencia de 2 de diciembre de 1.996 por la que se estima el recurso interpuesto y se declara no conforme a Derecho la resolución impugnada, declarando el derecho de la demandante al acogimiento de las pretensiones contenidas en su escrito de 29 de junio de 1.995.

### **Cuarto**

En ejecución de la indicada Sentencia, se da traslado a dicha Compañía del expediente de resolución al efecto de formular las correspondientes alegaciones al mismo. Esta actuación es independiente de otros avatares referentes a las cantidades realizadas por la Administración de la Compañía aseguradora, no atiente a la resolución contractual propiamente dicha, y que se concretan en un incidente que concluye con Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 29 de junio de 1.999 por el que se da por definitivamente ejecutada la Sentencia dictada en los Autos 779/95.

### **Quinto**

Con fecha de 28 de abril de 1.997 se presenta ante la Consejería de Obras Públicas, Transportes, Urbanismo y Vivienda, escrito de alegaciones en el que ACC, S.R.C.C, S.A. suplica se tomen en consideración las alegaciones expuestas, decretando la improcedencia de la incautación de la fianza presentada por ella y ordenando su cancelación.

En el indicado escrito se alega, en síntesis:

1º.- Que la única causa de resolución del contrato suscrito en su momento con C.A., S.A. es la falta de asistencia de dicha contratista al acta de replanteo.

2º.- Que no consta que se hiciera la citación para dicho acto en forma legal.

3°.- Que no se ha acreditado incumplimiento culpable de la contratista por las razones que expuso ya ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa y que reproduce literalmente en el escrito.

### **Sexto**

Recabado el consiguiente informe de la Asesoría Jurídica, ésta lo emite el 16 de julio de 1.997 en el sentido de que debe mantenerse la resolución acordada en su momento en todos sus términos, (con referencia a la de 11 de septiembre de 1.992, que acordaba la iniciación del expediente de resolución del contrato por culpa imputable al contratista con propuesta de incautación de fianza y reclamación de indemnización), sin que las alegaciones realizadas desvirtúen, en modo alguno, el contenido de tal resolución.

### **Séptimo**

Con fecha 22 de mayo de 1.998, la Jefa del Servicio de Coordinación de la Secretaria General Técnica de la Consejería emite informe-propuesta de Resolución, en que se propone resolver el contrato de obras por incumplimiento contractual de C.A., S.A.; ordenar la incautación de la fianza constituida y fijar en 27.740.108 pesetas la cantidad a reclamar a la contratista por daños y perjuicios, así como solicitar los consiguientes informes preceptivos de la Asesoría Jurídica, la Intervención Delegada y del Consejo Consultivo de La Rioja. Los dos primeros órganos lo emiten en sentido favorable, formulándose por la intervención General una única matización en relación con el extremo concerniente a la reclamación por daños y perjuicios.

## **Antecedentes de la consulta**

### **Primero**

Por escrito de fecha 19 de julio de 1999, registrado de entrada el 26 del mismo mes y año en el Consejo Consultivo de La Rioja, la Excm. Sra. Consejera de Obras Públicas, Transportes, Urbanismo y Vivienda, remite el expediente de este asunto al expresado Consejo para dictamen.

### **Segundo**

Por escrito de 26 de julio de 1999, registrado de salida el 30 del mismo mes y año, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, en nombre del mismo, acusó recibo de la consulta, la declaro, provisionalmente, bien efectuada así como la competencia del Consejo Consultivo para evacuarla, advirtiendo que, por ser reglamentariamente inhábil el mes de

agosto, se debatiría en la primera sesión de septiembre.

### **Tercero**

Designado ponente el Consejero señalado en el encabezamiento, el asunto quedó incluido en el orden del día de la sesión allí mismo expresada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero**

#### **Competencia del Consejo Consultivo para la emisión del presente dictamen y necesidad del mismo**

La propuesta de Resolución que se somete a dictamen es una consecuencia de la retroacción acordada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja al anular la resolución ya acordada con anterioridad, al amparo de la normativa legal vigente hasta la promulgación de la Ley 13/1.995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Fue, en efecto, bajo la vigencia de la anterior Ley de Contratos del Estado -texto articulado aprobado por D. 923/1.965, de 8 de abril, y que debe entenderse aplicable a los efectos de la resolución interesada- cuando se solicita un primer Dictamen del Consejo del Estado, que lo emite en cumplimiento de lo previsto en el artículo 22.11 de su Ley reguladora.

Es patente, de otra parte, que el Consejo Consultivo de La Rioja no se crea hasta la entrada en vigor de la Ley 3/1995, de 8 de marzo, de Régimen Jurídico del Gobierno y la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, luego modificada, en este punto concreto, por la Ley 10/1995, de 29 de diciembre, siendo su Reglamento aprobado por Decreto 33/1996, de 7 de junio; con posterioridad, por tanto, a la fecha de retroacción del expediente de resolución.

No obstante, es claro que, de conformidad con el actual Reglamento del Consejo Consultivo, es éste competente para emitir el dictamen que se interesa, al amparo de su artículo 8.4, dictamen, por otra parte, necesario, según resulta del artículo 22.11 de la Ley del Consejo del Estado, en relación con el 18, párrafo 2º de la Ley de Contratos del Estado de

1.965, salvo que expresamente se hubiera recabado el Dictamen de aquel Consejo.

## Segundo

### **Sobre la existencia de causa de resolución del contrato administrativo.**

Se opone ACC, S.R.C.C, S.A. a la resolución del contrato suscrito por la Administración Autonómica con C.A., S.A., fundamentalmente por entender que no existió notificación válida a la misma para concurrir al acta de replanteo de las obras cuya ausencia de tal acto justifica la resolución contractual, conforme al artículo 127 b) del Reglamento General de Recaudación, aprobado por D. 3410/1.975, de 25 de noviembre.

Cierto que la única preocupación latente en el escrito de oposición es, como resulta de toda lógica, la de impedir que se acuerde la incautación de la fianza constituida por dicha aseguradora, defendiendo para ello la falta de culpa de la contratista rescindida. Pero esta actitud releva el intento de la aseguradora de considerarse subrogada por completo en la posición jurídica de la empresa contratista, cuando su legitimación hay que entenderla limitada, en principio, a las cuestiones relativas a la prestación de la fianza.

Para defender tal falta de culpa es para lo que se expresan argumentos nunca alegados por C.A., S.A., en los diversos momentos procesales en que pudo exponerlos de haber resultado eficaces las sucesivas notificaciones intentadas con la misma.

Pero evidente resulta que es el mismo dictamen del propio Consejo de Estado, quien permite rechazar tal apreciación primera de la Compañía Aseguradora, al afirmar, con una autoridad que este Consejo Consultivo no puede menos de aceptar, que *"el 16 de marzo de 1.992 se notificó legalmente a la adjudicataria la celebración del acto de replanteo previo y autorización del inicio de las obras el 21 de abril"* (Antecedente de Hecho Segundo de su Dictamen 1514/92).

En consecuencia, no cabe ahora admitir lo alegado por la tan repetida aseguradora A.C.C. acerca de los defectos en la notificación de tal acto, con lo que resulta evidente que procede la resolución contractual al amparo del artículo 127,b) del Reglamento General de Contratación; resolución que, como imputable al contratista, determina, lógicamente, la incautación de la fianza.

Más aún, no sólo es que se haya apreciado tal notificación conforme a Derecho por el Consejo de Estado, sino que, aún constando en el expediente el intento de otras notificaciones previas al expresado dictamen, en domicilio social de C.A., S.A., sito en Madrid, c/. Ortega y Gasset, nº N, al que alude ahora la Cía. Aseguradora, resultó que tales notificaciones

resultaron infructuosas, lo que se compagina perfectamente con la pública y notoria situación de dicha Constructora y que dio lugar en su momento a una abundante información en los medios sociales de comunicación.

### **Tercera**

#### **Sobre la concurrencia de otras causas de suspensión.**

No se oculta, además, a este Consejo que, si bien la causa bastante de resolución contractual fue la constituida por la ausencia al acto de comprobación de replanteo, tal causa específica es una manifestación concreta de las más genéricas contempladas en el artículo 45, párrafo segundo, de la LCE de 1.965, pues razonablemente se infiere de aquella ausencia -y los hechos posteriores corroboran tal aserto- la imposibilidad del cumplimiento del plazo final, por no hablar, más directamente aún, del puro y simple incumplimiento del contrato por culpa del contratista a que se refiere el artículo 52 de la citada Ley.

Todo ello ratifica la apreciación de este Consejo del pleno ajuste a Derecho de la propuesta de Resolución sometida a su dictamen, aún con independencia de la concurrencia, también, de la causa resolutoria constituida por la situación de suspensión de pagos o quiebra en que, aunque sin tenerse datos concretos fehacientes, parece que incurrió la mercantil C.A., S.A. y que constituyen causas añadidas de resolución (art. 52.6 de la tal citada Ley), aunque, ciertamente, ellas por sí solas no implicarían la incautación de la fianza, salvo culpa de la suspensa o quebrada, como respecto a la situación de quiebra, en concreto, contempla el artículo 165 del Reglamento de Contratos del Estado.

Naturalmente, la incautación de la fianza no excluye, *ipso iure*, la posibilidad de la Aseguradora de reclamar de la compañía afianzada la fianza que se le incauta; posibilidad que, aunque materialmente remota, es la que jurídicamente asiste a la entidad aseguradora en casos como el que nos ocupa en que legalmente puede la Administración proceder a la incautación de una fianza que se contempla en nuestro Ordenamiento para asegurar, de algún modo, el cumplimiento de un contrato administrativo.

### **Cuarta**

#### **Sobre el extremo de la propuesta de resolución atinente a la exigencia del resarcimiento de daños y perjuicios**

La propuesta de resolución sometida a nuestro examen contiene un punto 3º en que se fija una cifra concreta (27.740.108 ptas.) que abonará la contratista a la Administración de

la Comunidad Autónoma de La Rioja, en concepto de daños y perjuicios.

Si ya el informe de la Intervención Delegada de 3 de junio de 1.999 señala, aludiendo expresamente a lo ya dictaminado en su día por el Consejo de Estado, la conveniencia de instruir un expediente contradictorio, con audiencia de C.A. S.A., para fijar tal importe o justificar el mantenimiento de su cuantificación en la propuesta de resolución (justificación que no aparece formulada en la que ahora se dictamina), ahora este Consejo Consultivo no puede menos de manifestar su conformidad con dicha apreciación, resultante del punto 2º del Dictamen emitido por el Consejo de Estado, sobre la fundamentación contenida en el antecedente cuarto *in fine* del mismo; fundamentación que hacemos íntegramente nuestra.

Y, todo ello, sin perjuicio de que es más que previsible la incomparecencia de C.A., S.A. en dicho expediente contradictorio, y de la prácticamente segura inanidad e inoperancia práctica de la resolución que en este punto se acuerde.

## CONCLUSIONES

### Primera

Este Consejo Consultivo entiende que la propuesta de Resolución de 22 de mayo de 1.998 se ajusta a Derecho, al concurrir causa de resolución del contrato de obras suscrito con C.A., S.A., e imputable a la misma, siendo procedente la incautación de la fianza constituida por importe de 6.654.933 ptas.

### Segunda

En cuanto al punto 3º de la citada propuesta, por la que se fija la cifra a exigir por daños y perjuicios a la contratista, procede la instrucción previa de un expediente contradictorio, de conformidad con lo indicado en el fundamento de Derecho cuarto de este dictamen.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 45.1. de su Reglamento, aprobado por Decreto 33/1996, de 7 de junio, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Ignacio Granado Hijelmo