

En Logroño, a 27 de diciembre de 2006, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, y D. José M^a Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Pedro de Pablo Contreras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

98/06

Correspondiente a la consulta trasladada por el Excmo. Sr. Consejero de Desarrollo Autonómico y Administraciones Públicas, en relación con el expediente de resolución del contrato de obras de reforma de la red de abastecimiento de agua potable, tramitado por el Ayuntamiento de Mansilla de la Sierra.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

A solicitud del Ayuntamiento de Mansilla de la Sierra, el 30 de abril de 2002 la Consejería de Desarrollo Autonómico y Administraciones Públicas del Gobierno de La Rioja autorizó la inclusión en el Plan Regional de Obras y Servicios correspondiente al año 2002, de las obras de “Reforma de la Red de Abastecimiento de Agua Potable”, según proyecto de fecha 8 de abril de 2002.

El Concejo Abierto del Ayuntamiento de Mansilla había aprobado el Pliego de cláusulas administrativas particulares que había de regir la adjudicación de dicho contrato de obras, a efectuar mediante procedimiento negociado, en Asamblea Vecinal celebrada el 17 de abril de 2002.

Segundo

El 1 de julio de 2002, firman el Acta de replanteo y de inicio de la obra la empresa constructora R., S.L., el Ayuntamiento y el Director Facultativo de la obra. Este último, en escrito de fecha 3 de julio de 2002, declara que, en ese día, la obra se encuentra en fase de

construcción conforme al proyecto redactado en su día, estimándose realizado ya un porcentaje equivalente al 50 por ciento de la misma, lo que sirve como primera certificación. Esta última, por importe de 23.617,23 € (incluido el IVA), había sido facturada por R., S.L. con fecha 30 de junio de 2002. La segunda y última certificación, por el mismo importe, se factura al Ayuntamiento con fecha 10 de julio de 2002. Ambas facturas fueron abonadas por cargo en la cuenta bancaria del Ayuntamiento, a su presentación.

No hay constancia en el expediente del Acuerdo administrativo de adjudicación de las obras a R., S.L. Sí que obra en el mismo, en cambio, el correspondiente contrato del Ayuntamiento con dicha empresa, que se firmó con fecha 31 de julio de 2002.

Tercero

Con la misma fecha (31 de julio de 2002), el Director de las obras suscribe certificación de liquidación en el impreso normalizado del Gobierno de La Rioja, constando como cantidad correspondiente a la total obra ejecutada la cifra de 47.234,45 € (en la que se incluye el IVA, los gastos generales y el beneficio industrial), coincidente con la presupuestada, todo ello a efectos de justificar la cantidad subvencionada por la Administración de la Comunidad Autónoma, que importaba un total de 35.425,45 €.

Cuarto

El 27 de agosto de 2003, por el Director General de Política Local del Gobierno de La Rioja, se comunica al Ayuntamiento de Mansilla de la Sierra que, efectuada la comprobación de la inversión de reforma de la red de abastecimiento de agua potable en dicho Municipio por personal técnico de dicha Dirección el día 14 de agosto de 2003, se aprecia que las obras no están totalmente terminadas, faltando por ejecutar la conexión de la tubería de uno de los desagües de fondo, la colocación de una ventosa y el acondicionamiento de la caseta de captación de aguas. En dicho escrito se señala que, *“una vez subsanados los defectos, los cuales deberán estar ejecutados antes del 10 de septiembre de 2003, deberán comunicarse a esta Dirección General de Política Local para proceder a una nueva comprobación de la inversión”*.

El 10 de septiembre de 2003 el Ayuntamiento traslada el anterior escrito al Director facultativo de las obras para que emita informe, el cual se remite por fax con fecha 18 de septiembre concluyendo, que faltan por ejecutar obras materiales por un total de 2.649,91 €, lo que supone un total de presupuesto de contrata (sumados gastos generales, beneficio industrial e IVA) de 3.657,93 €.

El 24 de septiembre de 2003, el Ayuntamiento remite a R., S.L. requerimiento para que, en el plazo de quince días desde la recepción, proceda a la ejecución de las partidas pendientes, *“comunicando a este Ayuntamiento su voluntad, sin demora, y señalando que,*

en caso contrario, se instará el correspondiente expediente de resolución del contrato”. Este escrito lo recibe R., S.L. el día 26 de septiembre y, el 3 de octubre siguiente, recibe el informe del Director facultativo de las obras a que hemos hecho referencia.

Quinto

El 5 de octubre de 2003, la Secretaría del Ayuntamiento de Mansilla de la Sierra notifica a R., S.L. y al Director de las obras que el día 14 de noviembre del mismo año, a las 12,30 del mediodía, se procedería a la firma del Acta de recepción.

El 3 de diciembre de 2003, previo Acuerdo de la Asamblea Vecinal celebrada el 31 de octubre el mismo año, el Ayuntamiento en Pleno acordó la resolución del contrato con incautación de la fianza de 1.889,38 € y la reclamación a R. de los daños y perjuicios que excedan del importe de la garantía incautada, que se cifran en la cantidad de 1.768,55 €, sin perjuicio de ulterior liquidación. Este Acuerdo fue notificado a la contratista el 19 de diciembre de 2003.

Al parecer, las obras que faltaban por ejecutar fueron realizadas por la empresa *Instalaciones L.*, cuya factura contra el Ayuntamiento de Mansilla, de fecha 11 de noviembre de 2003 y por importe total de 6.964,64 €, consta en el expediente. Esta factura fue pagada por el Ayuntamiento el 25 de febrero de 2004 en la cuenta de dicha empresa, según acredita la entidad bancaria correspondiente.

El 14 de noviembre de 2003, se firma efectivamente el Acta de recepción de las obras, con la inasistencia de R., S.L., por el representante del Ayuntamiento y el Director facultativo de las mismas.

Sexto

A partir de ese momento, no hay constancia de ninguna actuación en el expediente hasta que, con fecha 24 de mayo de 2006, por el Secretario del Ayuntamiento se emite un informe en el que se manifiesta que *“si este Ayuntamiento opta por la resolución del contrato, deberá aprobarlo el Pleno, órgano competente para la contratación, dando traslado de la propuesta de resolución al interesado”*, debiendo contar con informe del Consejo de Estado o equivalente, cuando exista oposición por parte del contratista.

La Asamblea Vecinal celebrada el 31 de mayo de 2006 acordó ratificar el Acuerdo de resolución de contrato adoptado en la Asamblea Vecinal de 31 de octubre de 2003 y fijar los daños y perjuicios causados en la cuantía de 5.426,46 €.

Notificado dicho acuerdo a R., S.L., ésta formula lo que dice ser recurso de reposición, en escrito de fecha 25 de agosto de 2006, en el cual alega la nulidad de pleno derecho del acto por haberse dictado prescindiendo totalmente del procedimiento

establecido y sin su previa audiencia, la improcedencia de la resolución y la caducidad del expediente.

El Ayuntamiento, mediante Acuerdo adoptado en Asamblea Vecinal de fecha 27 de septiembre de 2006, desestima las alegaciones de fondo de la empresa contratista, considera a ésta opuesta a la resolución y acuerda dar traslado al Consejo Consultivo para emisión de su preceptivo dictamen.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 21 de noviembre de 2006, registrado de entrada en este Consejo el 27 del mismo mes y año, el Excmo. Sr. Consejero de Administraciones Públicas y Política Local del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de fecha 27 de noviembre de 2006, registrado de salida al día siguiente, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo.

Al haberse formulado oposición del contratista, es preceptiva la emisión del presente dictamen conforme a lo previsto en el artículo 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2.000), en relación con los artículos 109 y siguientes del Reglamento General de dicha Ley y los artículos 11.i) de la Ley 3/2001, del Consejo Consultivo de La Rioja, y 12.2.i) de su Reglamento.

Segundo

Improcedencia de la resolución del contrato.

A juicio de este Consejo Consultivo, es notoriamente improcedente la resolución del contrato administrativo a que se refiere este expediente, propugnada por el Ayuntamiento de Mansilla de la Sierra.

Como dice expresamente el artículo 109 TRLCAP, los contratos administrativos se extinguen por su cumplimiento o por resolución. Uno y otro concepto extintivo son rigurosamente incompatibles.

Pues bien, el cumplimiento de los contratos administrativos exige su constatación a través de un acto formal, que es la suscripción del Acta de recepción (art. 110.2 TRLCAP), lo que en este caso tuvo lugar el día 14 de noviembre de 2003, manifestándose en dicha acta (que se formalizó sin el concurso del contratista) que, tras realizar un detenido examen de las obras, se acordó recibirlas *“por hallarse realizadas sensiblemente conforme al proyecto aprobado, presentando buen aspecto y estando en adecuado estado de funcionamiento”*.

En nuestro criterio, no puede oponerse a la eficacia que, como constatación del cumplimiento del contrato, tiene el Acta de recepción, el hecho de que, con anterioridad, se hubiera instado a la contratista para que realizara las obras pendientes, pues de ello sólo cabe inferir que, pese a no cumplir la contratista con el referido requerimiento, la Administración entendió cumplido el contrato; ni tampoco el Acuerdo de resolución adoptado por la Asamblea Vecinal el 31 de octubre de 2003, pues, sobre ser nulo por no haberse dictado con audiencia del contratista e informe de este Consejo Consultivo, el

mismo no fue notificado a R., S.L. sino hasta el 19 de diciembre de 2003, esto es, más de un mes más tarde de haberse suscrito el Acta de recepción formal de las obras.

En definitiva, pues, no puede acordarse la resolución del contrato porque para ello es necesario que el contrato no se haya extinguido por cumplimiento; y, con independencia de que realmente se hayan o no realizado completamente todas y cada una de las prestaciones que sean objeto del mismo, lo cierto es que la suscripción del acta de recepción supone una constatación meramente formal del cumplimiento que cierra el paso a toda posibilidad ulterior de resolución.

Cosa distinta es que, en la peculiar visión del cumplimiento contractual que denota la legislación administrativa, el significado del acta sea puramente formal y, por tanto, compatible —además, por supuesto, de con las obligaciones que pesan sobre el contratista durante el período de garantía— con la posibilidad de un real incumplimiento, cuyas consecuencias se dilucidan entonces en la fase de liquidación del contrato. A tal efecto es de tener en cuenta:

-Que las garantías que se hubieren constituido responden “de las obligaciones derivadas del contrato, de los gastos originados a la Administración por demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o en el supuesto de incumplimiento del mismo, sin resolución” [art. 43.2.b) TRLCAP].

-Que “cuando la garantía no sea bastante para satisfacer las responsabilidades a las que está afecta, la Administración procederá al cobro de la diferencia mediante el procedimiento administrativo de apremio, con arreglo a lo establecido en las respectivas normas de recaudación” (art. 45.2 TRLCAP).

En conclusión, sin necesidad de entrar en un examen de fondo de las causas de resolución (el cual conduciría igualmente a un resultado negativo), no procede la resolución del contrato por la razón formal apuntada, pero sí que es perfectamente posible —y en este caso, sin duda, exigible—, al proceder a la liquidación del contrato, descontar de las sumas recibidas por el contratista a cuenta del mismo el importe de la obra realmente no ejecutada, y que asciende a un total de 3.657,93 € (IVA incluido); saldo deudor éste de cuyo pago responde la fianza constituida en su día (que, como hemos señalado en otros dictámenes, es en realidad un depósito irregular en garantía) y que, en lo restante, deberá ser exigido a R., S.L. por el procedimiento administrativo de apremio.

Por lo demás, como es obvio, es totalmente improcedente exigir la devolución del importe de la segunda certificación de obra pues, sea cual sea el modo en que se efectuó el pago y a reserva de lo dicho sobre la improcedencia de lo abonado por unidades de obra previstas en el proyecto y realmente no ejecutadas, es evidente que, en lo demás, se trata de cantidades debidas por la Administración al contratista que no pueden ser minoradas

tratando de resarcirse del mayor precio que, sin agotar la exigencia del cumplimiento de sus obligaciones contractuales a aquél, terminó abonándose a un tercero.

Finalmente, este Consejo Consultivo no puede sino manifestar su perplejidad por algunas de las actuaciones seguidas en este asunto, como son el encargo de la finalización de las obras a otra empresa sin que conste en el expediente cómo fueron contratadas las mismas o la firma del Acta de recepción de las obras poco después de que el Ayuntamiento hubiera manifestado su voluntad de resolverlo. Por ello, cuanto queda concluido ha de entenderse sin perjuicio de las responsabilidades de índole patrimonial o incluso sancionador que pudieran eventualmente ser exigidas.

CONCLUSIONES

Única

Se dictamina desfavorablemente la resolución del contrato de obras concluido por el Ayuntamiento de Mansilla de la Sierra con la empresa R. Rioja S.L., sobre reforma de la red de abastecimiento de agua potable de dicho Municipio, debiéndose proceder, en cambio a la forma señalada en el cuerpo del presente dictamen.

Este es el dictamen que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.