

En Logroño, a 7 de agosto de 2009, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras y D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana, ejerciendo funciones de Letrado-Secretario General, D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana, con la ausencia justificada de D. Pedro de Pablo Contreras y D. José María Cid Monreal, siendo ponente D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

61/09

Correspondiente a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Arnedo, a través del Excmo. Sr. Consejero de Administraciones Públicas y Política Local, en relación con el *Procedimiento administrativo de resolución del contrato administrativo de obras entre el Ayuntamiento de Arnedo y la empresa "C. A. M., S.A., " para la construcción de un albergue.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

El 6 de abril de 2009, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Arnedo acordó la adjudicación definitiva del contrato de obra de construcción de un albergue a la contratista "C. A. M. S.A.", por valor de 631.066, 62 € (IVA incluido), con fecha de adjudicación de la Junta de Gobierno Local, del citado 6 de abril de 2009. Como descripción del objeto consta "construcción de un albergue, de conformidad con el proyecto y anexo a tal fin redactados por D. S. H. R. y aprobado por acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de fecha 19 de febrero de 2009".

En el pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el procedimiento, la duración del contrato se fija en "nueve meses", mientras que en el contrato administrativo de obras, de fecha dieciséis de dos mil nueve, cláusula tercera, el plazo de ejecución del mismo es de "seis meses", contados desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo.

El "acta de comprobación del replanteo de las obras de construcción de albergue en Arnedo", es de fecha 4 de mayo de 2009.

Segundo

El 17 de julio de 2009, por el Alcalde del Ayuntamiento de Arnedo se dictó *Providencia*, en la que “dado el tiempo transcurrido entre la formalización del acta de comprobación del replanteo de las obras de construcción de un albergue en Arnedo – financiadas con cargo al Fondo Estatal de Inversión Local-, que data de 4 de mayo de 2009, sin que hasta la fecha se observe por la Alcaldía evolución de las citadas obras”; dado “que constan en el Ayuntamiento numerosas reclamaciones y embargos a practicar sobre certificaciones de las referidas obras, entre ellas una actuada por la Tesorería General de la Seguridad Social, que reclama por impagos contraídos en 2008“ y “considerando que C. A. M. S.A. contaba con sólo 6 meses para finalizar las obras y que a fecha de hoy no se encuentra en al corriente de sus obligaciones de la Seguridad Social”, *se resuelve*: i) solicitar del Arquitecto municipal, en calidad de Director Facultativo de las citadas obras, la emisión de informe acerca de las razones que han motivado el retraso del inicio de las obras en más de dos meses y del mismo modo, sobre si entiende posible que las obras sean ejecutadas en el plazo restante; y ii) solicitar del Secretario de la Corporación informe acerca de la inclusión del contratista en alguna de las causas de resolución contractual.”

Tercero

El Arquitecto municipal, en su informe de fecha de 20 de junio de 2009, describe las obras ejecutadas hasta la fecha, que incluyen “únicamente las excavaciones y la colocación del hormigón de limpieza de las zapatas y de las vigas riostras, obra que, según el plan de obra presentado por el constructor, debería haberse ejecutado la primera semana del primer mes de las obras”.

Según dicho informe, en lo relativo al plazo de ejecución, “las obras contaban con un plan de ejecución, según proyecto, de 9 meses, las obras se adjudicaron con un plazo de ejecución de 6 meses, según propuesta del contratista y desde el acta de comienzo han transcurrido dos meses, a fecha 4 de julio de 2009, si bien a fecha de redacción del informe han transcurrido unos días más” y la obra ejecutada, “según presupuesto del proyecto”, asciende a, en porcentaje al 0,2937% del total y, en definitiva, concluye: i) “que, ejecutado, ni tan siquiera el 1% de las obras y consumido el 55,555% del tiempo, homogeneizado a todo el proyecto, no parece ni tan siquiera posible la terminación de las obras en el plazo de los cuatro meses restantes”; y ii) “que respecto de las razones que han motivado el retraso de las obras en dos meses este director de obra y técnico municipal no tiene conocimiento de las causas del retraso”.

Cuarto

El Secretario General del Ayuntamiento de Arnedo, en su informe de 20 de julio de 2009, tras describir sucintamente como antecedentes los extremos recogidos en los Antecedentes del Asunto Primero a Tercero de este Dictamen y la necesidad de Dictamen del Consejo Consultivo, a tenor de lo dispuesto en el art. 109 RGLCAP y 197.1 LCSP, entra en el análisis de los posibles supuestos de resolución aplicables al caso, conforme a lo establecido en el art. 206 LCSP y concluye: “1).- Se propone negociar con el contratista la resolución del contrato por mutuo acuerdo 2).- se propone averiguar, simultáneamente, si los requerimientos de embargo de certificaciones de obre derivan de procedimientos en los que haya sido declarada -judicial o administrativamente- la insolvencia del contratista, en cuyo caso el mismo incurriría en una causa legal de resolución contractual que impediría la resolución por mutuo acuerdo 3).- No se consideran de aplicación al presente caso otras causas de resolución previstas el la LCSP”.

Quinto

El 21 de julio de 2009, la Alcaldía de Arnedo dicta Providencia en la que resuelve: i) iniciar expediente de resolución contractual del contrato de obras de construcción de un Albergue en Arnedo –financiadas con cargo al Fondo Estatal de Inversión Local-, celebrado con la empresa “C. A. M., S.A”, por las razones apuntadas más arriba y principalmente por entender esta Alcaldía que la misma ha incurrido en un incumplimiento de los plazos parciales que permite presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total; ii) dar audiencia al contratista por plazo de 5 días naturales contados a partir de de la recepción de la notificación del presente acuerdo, con advertencia que, en caso de formular oposición, el expediente será elevado a Dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja; y iii) dar audiencia a la entidad avalista del presenta contrato, por el mismo plazo, toda vez que en la resolución del expediente será decretada la incautación de la garantía definitiva.

En el expediente administrativo se incluye copia del aval otorgado por E. S.G.R y en su nombre por D. J. A. A., a C. A. M. S.A. como fianza definitiva para responder de las obligaciones contraídas por la citada empresa como consecuencia de las obras de construcción de un albergue en Arnedo, ante dicha Corporación municipal. Su importe asciende a 27.201, 15 €.

Se adjuntan, asimismo, copia de las notificaciones de la Providencia de la Alcaldía de 21 de julio de 2009, efectuadas a E.S.G.R., C. A. M., S.A., y del acuse de recibo firmado por ésta última.

Sexto

El 23 de julio de 2009, D. A. M. M.L., actuando en nombre y representación de la mercantil “C. A. M. S.A.”, dirige un escrito al Ayuntamiento de Arnedo, por el que suplica: “se tenga por *anunciada formalmente la oposición* a la resolución de la indicada obra de albergue incoada por la Alcaldía de ese digno Ayuntamiento”.

Séptimo

La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Arnedo, en sesión celebrada el 30 de julio de 2009, adoptó el siguiente acuerdo: “5.1.- Solicitud de Dictamen preceptivo al Consejo Consultivo de la Rioja, en el marco de un expediente de resolución contractual”.

Como consecuencia de dicho acuerdo, el alcalde en funciones se dirige al Consejero de Administraciones Públicas y Política Local, para que “a través de su conducto, sea elevada la solicitud de Dictamen al Consejo Consultivo de La Rioja.”

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 3 de agosto de 2009, registrado de entrada en este Consejo el 3 de agosto de 2009, el Ayuntamiento de Arnedo a través del 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 3 de agosto de 2009, registrado de salida el 5 de agosto de 2009, 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.

Son varios los preceptos de nuestro Ordenamiento Jurídico en que apoyar la preceptividad del informe del Consejo de Estado u órganos consultivos de las Comunidades Autónomas, cuando realmente nos encontramos ante una eventual causa legal de resolución contractual ex artículo 206 LCSP de, Ley 30/2007, de 30 de octubre. La necesidad de elevar consulta a los Órganos Consultivos, en los expedientes de resolución de contratos, viene determinada por los siguientes preceptos:

-El artículo 197. 1 LCSP, Ley 30/2007, de 30 de octubre, que dispone para los casos en que la Administración optase por la resolución del contrato por ejecución defectuosa y demora, la preceptividad del informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma cuando se formule la oposición por parte del contratista”.

-El artículo 109.1 del RGLCAP, de desarrollo del TRLCAP, aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, que contiene el procedimiento a que deben ceñirse las Administraciones Públicas contratantes para acordar, en su caso, la resolución de los contratos por ellas convenidos, y cuya letra d) exige: *"Dictamen del Consejo de Estado u Órgano Consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista"*.

-El artículo 11 de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, que impone el deber de elevar consulta en los siguientes asuntos. "i) *Nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos, cuando se formule oposición por parte del contratista y, en todo caso, en los supuestos en los que así lo dispongan las normas aplicables"*.

-El artículo 12 del Decreto 81/2002, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional del Consejo Consultivo de La Rioja, que impone la misma preceptividad para estos supuestos, en su letra i).

Por lo tanto, en el caso sometido a la consideración de este Consejo, para que la consulta tenga carácter preceptivo, es preciso que, ante la tramitación de un expediente de resolución de un contrato administrativo, como cauce elegido por la Corporación local, se constate la oposición por parte del contratista. Y en el expediente remitido para su exámen, existe un documento expresamente emitido *"ad hoc"* con esta única y exclusiva finalidad, por lo que dicha consulta se estima preceptiva.

Segundo

Sobre la concurrencia de causa de resolución del contrato.

Según se desprende de los Antecedentes de Hecho, la causa que lleva a la Corporación local a adoptar la Propuesta de resolución del contrato de obras es que la empresa adjudicataria “ha incurrido en un incumplimiento de los plazos parciales que permite presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total” y tal decisión viene acompañada de los informes emitidos por la Secretaría General de la Corporación municipal y del Arquitecto municipal director de las obras.

Pues bien, según dispone el art. 196.2 LCSP, *“el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva”* y conforme al apartado 4 del mencionado precepto legal, *“cuando el contratista, por causas imputables al mismo hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar por la resolución del contrato”*, a lo que añade el art. 197 que, *“si la Administración optase por la resolución, ésta deberá acordarse por el órgano de contratación..., sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma”*; extremo, este último, en el que se reitera el artículo 109 del RGLCAP. Asimismo, entre las causas de resolución del contrato, el art. 206. LCSP señala, *“la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra d del apartado 2 del artículo 96”* (aptdo. e) y *“el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales”* (aptdo. g).

Está claro que en el supuesto dictaminado se ha dado audiencia al contratista ya que se han cumplido los trámites exigidos por el citado art.197, máxime, cuando además, se ha resuelto por este Consejo, en el Fundamento Jurídico Primero, sobre la preceptividad del Dictamen de este órgano consultivo. Además, la competencia para resolver el contrato corresponde al órgano de contratación, que en este caso es el Alcalde (artículo 21.1.ñ LBRL) y por delegación del mismo la Junta de Gobierno Local (D 392/07, de 19 de junio)

Despejadas las cuestiones de tramitación, debe tenerse en cuenta que, tanto el Tribunal Supremo, -entre otras, en Sentencia de 17 de noviembre de 2000- como la Doctrina del Consejo de Estado, -por todos, los ya clásicos Dictámenes de 13 de enero de 1983 y 25 de noviembre de 1993 y el más reciente 59/07, de 27 de junio de 2007-, enfatizan que el plazo fijado para el cumplimiento de la prestación contractual constituye

el elemento básico de la relación jurídica establecida, de forma que éste aparece como un elemento relevante es una determinación esencial de la prestación, de lo que se deduce *"que si el plazo transcurrió, el contrato quedó sustancialmente afectado por dicha situación, resultando ajustada a Derecho la resolución acordada por la Administración "*.

Y, en el caso sometido a la consideración de éste Consejo, es cierto que ni en el "Pliego de cláusulas administrativas particulares...", ni tampoco en el "contrato administrativo de obras", se han fijado plazos parciales que la empresa adjudicataria deba cumplir. Sin embargo, si se ha establecido un plazo final, que, fijado en el pliego de cláusulas administrativas en nueve meses, se reduce en el contrato administrativo de obras a seis, a lo que debe añadirse que, como indica el informe del Arquitecto municipal, director de las obras, "desde el acta de comienzo de las obras han transcurrido dos meses, a fecha 4 de julio de 2009" y que, de todo ello, expresado en porcentajes, se extrae que a dicha fecha se ha consumido un 55,5555% del tiempo previsto –restando un 44,4445 de dicho tiempo- y que, en términos presupuestarios se han el porcentaje de la obra ejecutada es el 0,2937; por lo que "ejecutado, ni tan siquiera el 1% de las obras y consumido el 55,555 del tiempo...no parece ni tan siquiera posible la terminación de las obras en el plazo de los meses restantes". Todo ello permite concluir que se está produciendo una demora en la ejecución de la obra, que hace presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total, supuesto que contempla el artículo 196.6 LCSP y ante el que, el mismo precepto, en su apartado 5, faculta al órgano de contratación para proceder a la resolución del contrato.

De otra parte, según se desprende de los preceptos citados y en particular del art. 206, g), relativo al *"incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales "*, la facultad de resolución está sujeta al cumplimiento de dos requisitos: i) de una parte, *debe fundarse en un incumplimiento importante*, teniendo en cuenta que no cualquier inobservancia de las condiciones del Pliego permiten a la Administración resolver el contrato; y ii) de otra parte, en función de la teoría general de la discrecionalidad administrativa, *debe motivarse* el acuerdo de resolución, con o sin imposición de penalidades.

En cuanto a la *trascendencia del incumplimiento*, queda justificada por las expresas afirmaciones contenidas en el Informe del Arquitecto municipal, de fecha 20 de julio; pero también y a mayor abundamiento, por el hecho de que la obra contratada, según consta en los Antecedentes de Hecho de este Dictamen, sea financiada con cargo al Fondo Estatal de Inversión Local que llegado el caso, transcurrido el plazo máximo y sus posibles prórrogas, para justificar a efectos de la subvención, determinaría la pérdida de ésta. En lo relativo a la *motivación*, son suficientes los motivos alegados por la Alcaldía en su Providencia de 21 de julio de 2009, cuyo contenido se da por reproducido; sin perjuicio de que la motivación relativa al "mal momento económico" por el que atraviesa la empresa adjudicataria o las reclamaciones y embargos a practicar sobre las futuras certificaciones

de las referidas obras, que constan en el Ayuntamiento y, entre ellas, una efectuada por la Tesorería General de la Seguridad Social, que reclama deudas por impagos contraídos en diciembre de 2008, a las que se hace referencia en la Providencia de la Alcaldía de 17 de julio de 2009, no consigan acreditar la existencia otros posibles supuestos de resolución aplicables al caso, como “ la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier procedimiento” (artículo 206, b) LCSP, al no constar que el contratista haya sido declarado insolvente ni en concurso. Tampoco procede la aplicación del mutuo acuerdo como causa de resolución al concurrir la causa prevista en el citado art. 196.6, apreciada por la Administración, en virtud de lo dispuesto en el art. 207.4 LCSP.

En definitiva, a juicio de este Consejo, es totalmente ajustada a Derecho la resolución del contrato administrativo de obras para la construcción de un albergue, celebrado entre el Ayuntamiento de Arnedo y la empresa “C. A. M., S.A.”.

Cuarto

Sobre las consecuencias derivadas de la resolución del contrato.

Dispone el art. 208 LCSP, apartado 4) que *"cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiere constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada"*. Y en el apartado 5, que, *"en todo caso el acuerdo de resolución contendrá un pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de de la pérdida, devolución y cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida"*. En particular y en el supuesto dictaminado, la cláusula 24 del pliego de cláusulas administrativas particulares, expresamente establece que *"la resolución del contrato tendrá lugar en los supuestos fijados en el artículo 206 y 220 de la Ley 3/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector Público; y se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista. Cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista, se incautará la garantía definitiva, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios originados a la Administración, en lo que excedan del importe de la garantía"*.

Así pues, la primera consecuencia económica a la que expresamente se refiere la Providencia de la Alcaldía de 21 de julio de 2009, por la que se acuerda la incoación del expediente de resolución contractual, resolviendo “que en la resolución del expediente sea decretada la incautación de la garantía definitiva”, consiste en la incautación de la fianza que, por importe de 27.2301,15 €, es avalada a la mercantil contratista por E. S.G.R.

En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios irrogados a la Administración municipal que excedan del importe de dicha fianza, la Providencia de resolución del contrato no especifica nada al respecto; pero es obvio que la Ley le obliga a cuantificarlos y hacerlos efectivos con cargo a la fianza, salvo que esta no alcanzase el importe total de los daños y perjuicios, en cuyo caso la Administración adoptará las medidas pertinentes para la realización de su derecho.

CONCLUSIONES

Primera

A juicio de este Consejo Consultivo, en el presente caso, procede la resolución del contrato administrativo para la realización de las obras de construcción de un albergue, *celebrado entre el Ayuntamiento de Arnedo y la empresa C. A. M. S.A*” acordando la incautación de la fianza prestada en su día.

Segunda

En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios, deberá concretarse en el Acuerdo de resolución del contrato el importe de los mismos, en los términos explicitados 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 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero