

En Logroño, a 25 de enero de 2010, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. José María Cid Monreal y D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana, así como del Letrado-Secretario General D. Ignacio Granado Hijelmo, habiendo excusado su asistencia el Consejero, D. Pedro de Pablo Contreras, y siendo ponente D. Antonio Fanlo Loras, emite, por unanimidad, el siguiente

Dictamen

3/10

Correspondiente a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Albelda de Iregua, 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 Albelda de Iregua y la empresa "C. A. M., S.A." para la "ejecución de piscina cubierta y vestuarios"*.

Antecedentes de hecho

Antecedentes del asunto

Primero

El 27 de agosto de 2008, el Pleno del Ayuntamiento de Albelda de Iregua aprobó el expediente para la contratación de las obras de ejecución de una piscina cubierta y vestuarios, cuyo presupuesto de contrata asciende a 1.115.038,71 euros (desglosado en: 961.038,71 euros, de valor estimado de la ejecución; y 153.798,44, de IVA). Con dicho acuerdo, se aprobó el Pliego de cláusulas administrativas particulares, cuya cláusula quinta incluye como plazo de ejecución del contrato, el de ocho meses, contados desde la comprobación del replanteo, a realizar en el plazo de cinco días desde la fecha de formalización del contrato.

El contrato fue adjudicado definitivamente por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, de 26 de enero de 2009, a la contratista "C. A. M. S.A.", por importe de 870.095,77 euros (IVA incluido) y formalizado el 25 de febrero de 2009, habiendo constituido la fianza definitiva por importe de 37.504,13 euros (aval otorgado por E. S.G.R por dicho importe), el 16 de enero de 2009. Expresamente consta como plazo de ejecución del contrato el de ocho meses "*contados desde el día siguiente al de la firma de comprobación del replanteo, que se realizará el día 26 de febrero de 2009*", si bien la fecha cierta del mismo fue la de 27 de febrero de 2009 (folio 42).

Las obras se inician y el Director de Obras emite dos certificaciones de obras: la primera, por importe de 50.917,41, el 31 de marzo de 2009, emitiéndose la oportuna factura por el contratista al Ayuntamiento; la segunda, por importe de 46.133,91 euros (no consta incorporada al expediente la certificación suscrita por el Director de Obras, aunque sí la factura emitida el 30 de abril de 2009 por el contratista al Ayuntamiento, si bien aquellos importes constan en el folio 79).

Segundo

El Director de Obras, el 20 de octubre de 2009 emite un informe en el que, tras referir los aspectos esenciales del contrato, señala que, hasta esa fecha, se han emitido certificaciones de obra por valor de 155.568,56 euros y que, girada visita de inspección el día anterior, constata un incumplimiento del plazo previsto de ejecución del contrato, pues, cercana su finalización, se encuentra ejecutado en menos de un 20 por ciento de la obra prevista, lo que, a su juicio, constituye una infracción del contratista y un incumplimiento contractual imputable exclusivamente a la empresa C. A. M.

Tercero

La Secretaria-Interventora, el 20 de octubre de 2009, a la vista del informe-denuncia del Director de Obras y de la legislación de contratos del sector público aplicable, emite un informe en el que refiere el procedimiento a seguir para la resolución del contrato incumplido: incoación del procedimiento; audiencia del contratista; inspección de las obras por los servicios técnicos municipales; valoración económica del incumplimiento; solicitud de dictamen de este Consejo Consultivo en caso de oposición del contratista a la resolución; y, finalmente, a la vista del sentido del dictamen emitido, resolución del contrato por el órgano de contratación.

Cuarto

El Pleno del Ayuntamiento, en su sesión de 26 de octubre de 2009, acuerda incoar el expediente de resolución del contrato de ejecución de piscina cubierta y vestuarios con la empresa C. A. M., S.A., lo que conllevaría la incautación de la garantía definitiva y el resarcimiento de daños y perjuicios, si los hubiere, dando audiencia a la contratista por plazo de cinco días.

Cumplimentada dicha audiencia el 6 de noviembre de 2009, el representante legal de la empresa constructora presenta un escrito de alegaciones, el 10 de noviembre de 2009, en el que manifiesta que *“la razón esgrimida no se ajusta a la verdad y no es suficiente para que esa Administración resuelva el referenciado contrato de obra”*, por lo que se opone a la resolución de la indicada obra.

Quinto

A la vista de la escueta alegación presentada por el contratista, la Dirección de Obras emite un informe pormenorizado en el que manifiesta que, el mismo día 10 de noviembre de 2009, se realiza nueva visita de comprobación a la obra, que se encuentra, desde finales de julio, en *“total abandono, cerrada, sin haber avanzado la obra, los mismos acopios y herramientas en los mismo lugares, cuatro casetas de obra sin ningún operario dentro ni fuera en la obra y el mismo escombros sin retirar, como se adjunta en las siguientes fotos”*, habiendo finalizado el plazo de ejecución del contrato con una ejecución inferior al 20 por ciento de la obra proyectada. En el informe, se cuantifican los daños y perjuicios ocasionados por el retraso en la inversión realizada y los gastos ocasionados al Ayuntamiento en 11.596,78 euros y se procede a la liquidación de las obras realizadas, previa deducción del coste de las reparaciones y de la garantía constituida.

Sexto

El 10 de noviembre de 2009, la Secretaria-Interventora emite un nuevo informe en el que considera que el procedimiento ha seguido los trámites previstos en la legislación aplicable y, dado que se ha presentado oposición por el contratista, procede elevar a este Consejo Consultivo para que se pronuncie sobre la resolución del contrato y, una vez recibido, el Pleno del Ayuntamiento habrá de resolver el procedimiento.

Se han incorporado al expediente diversos oficios de Juzgados de Calahorra y de la Tesorería de la Seguridad Social requiriendo al Ayuntamiento que se retengan y transfieran a las cuentas de dichos Juzgados y entidad diversos importes con cargo a las certificaciones de obra expedidas en el expediente contractual al que se refiere el presente dictamen; así como diversos escritos de la Secretaria-Interventora solicitando aclaración, a los efectos del art. 200.7 LCSP, sobre la procedencia o improcedencia de los embargos remitidos y de las actuaciones a seguir por el Ayuntamiento.

Antecedentes de la consulta

Primero

El Ayuntamiento de Albelda de Iregua, 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, por escrito de 11 de diciembre de 2009, registrado de entrada en este Consejo el 15 de enero de 2010, dado que se devolvió al Ayuntamiento para su debida ordenación y completación, lo que fue realizado en esta última fecha señalada.

Segundo

Mediante escrito de fecha 18 de enero de 2010, registrado de salida el 19 de enero de 2010, 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.

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 Reglamento, de desarrollo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), 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, nuestro dictamen es preceptivo al haber presentado el contratista oposición a la resolución del contrato administrativo, de acuerdo con la opción resolutoria elegida por la Corporación local.

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 resolución del contrato de obras es que la empresa adjudicataria ha incumplido el plazo de ejecución previsto, dado que, en la fecha en que debiera haberse concluido totalmente la obra, se ha ejecutado menos del 20 por ciento de la obra proyectada; incumplimiento imputable exclusivamente a la empresa constructora A. M.. El Pleno del Ayuntamiento ha acordado el inicio del expediente de resolución contractual amparado en el informe técnico del Director de Obras y del jurídico de la Secretaría-Intervención; se ha dado audiencia al contratista y las alegaciones de oposición presentadas han sido nuevamente informadas por dichos técnico y funcionaria.

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 LCSP 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, que se reitera en 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"* [apartado e)] y *"el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales"* [apartado g)].

En el presente caso, la iniciación del procedimiento de resolución del contrato la ha acordado el Pleno del Ayuntamiento, que ha actuado de órgano de contratación, al haber aprobado el expediente contractual, los pliegos y la adjudicación definitiva del contrato, si bien pudiera haberlo iniciado el Alcalde, pues su competencia alcanza a los contratos cuyo *“importe no supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada”*, de acuerdo con la D.A.2ª LCSP, precepto que derogó el art. 21.1.ñ). Si bien el contrato supera el primer límite cuantitativo (dado que el Presupuesto municipal para 2009 fue de 2.943.040 euros, siendo el 10 %, 294.304 euros), no supera, sin embargo, el de 6 millones de euros, razón por la que la competencia correspondía al Alcalde. Que el Pleno haya adjudicado el contrato, en lugar del Alcalde, no supone infracción alguna, no solo por estar presidido por el Alcalde, sino por constituir el órgano supremo de representación municipal.

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 y 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”*.

Así lo establece el art. 196.2 LCSP que dispone que *“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 añade el apartado 3 que *“la constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración”*.

El plazo de ejecución fijado de acuerdo con la Cláusula Quinta del Pliego era de ocho meses, a contar desde la fecha de realización del replanteo, que se hizo el 27 de febrero, por lo que el plazo finalizó el 27 de octubre. Y, en esa fecha, la obra ejecutada no superaba siquiera el 20 por ciento de la proyectada, como queda acreditado por el informe-denuncia del Director de Obras de 20 de octubre y en el emitido el 10 de noviembre de 2009, que constata que, desde finales de julio, la obra ha estado abandonada.

En estos casos, la Administración puede optar (art. 196.4 LCSP) por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades que exciten al cumplimiento del contrato. No obstante, como queda recogido en los Antecedentes de Hecho, desde abril de 2009,

llegan a la Alcaldía sucesivos requerimientos judiciales y de la Tesorería de la Seguridad Social para que se proceda al embargo de las certificaciones futuras para satisfacer diversas deudas contraídas por C. A. M., SA, razón por la que la opción de resolución era la más adecuada al interés público municipal.

No debe olvidarse que, en nuestro Dictamen 61/2009, el procedimiento de resolución contractual tramitado, en ese caso por el Ayuntamiento de Arnedo, tiene como contratista incumplidora de los plazos parciales a la misma contratista, consecuencia del “mal momento económico” por el que atraviesa la empresa adjudicataria, así como de las reclamaciones y embargos a practicar sobre las futuras certificaciones de las referidas obras, por más que no se acreditase en aquel momento ni en el presente procedimiento *“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.

Es cierto que en modo alguno puede iniciarse un procedimiento de resolución por incumplimiento total del plazo antes de que este haya transcurrido. No obstante los antecedentes que concurren en el presente caso (abandono de las obras desde finales julio; y que el incumplimiento producido era ya relevante, como exigimos en nuestro Dictamen 80/09) permiten presumir que una semana más tarde, las mismas no hubieran concluido. No obstante, la Dirección de Obras y los Servicios Técnicos municipales debieron haber propuesto mucho antes la resolución del contrato por incumplimiento parcial de los plazos o haber optado por la imposición de penalidades.

En definitiva, a juicio de este Consejo, es totalmente ajustada a Derecho la resolución del contrato administrativo de obras para la construcción de una piscina cubierta y vestuarios suscrito entre el Ayuntamiento de Albelda de Iregua y la empresa “C. A. M., S.A.”.

Cuarto

Sobre las consecuencias económicas derivadas de la resolución del contrato.

Dispone el art. 208.4 LCSP 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, añade 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 el presente procedimiento, la cláusula 25 del Pliego de cláusulas administrativas particulares, 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”*.

El Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, de 26 de octubre de 2009, de iniciación del procedimiento de resolución contractual, declara que ello *“conllevaría la correspondiente incautación de la garantía definitiva y el resarcimiento de daños y perjuicios si los hubiere, y no fuere suficiente la citada garantía”*. La fianza constituida, en el presente caso, tiene un importe de 37.504,13 euros, mediante aval otorgado por la mercantil E. S.G.R. A las consecuencias económicas de la resolución del contrato, se refiere el informe-liquidación del Director de obras, en los términos referidos en los Antecedentes de Hecho. Del informe, parece concluirse que las certificaciones de obra giradas y luego facturadas por el contratista no han debido llegar a abonarse. En efecto, el informe-liquidación parte de la obra ejecutada y certificada (155.568,56 euros), a cuyo montante deduce el coste de las reparaciones necesarias que han debido realizarse (12.176,81 euros) y la fianza definitiva (37.504,13 euros), lo que da un resultado de 105.87,62 euros. Tras advertir que no se descuenta penalización por retraso, ya que se opta por la resolución del contrato, a continuación deduce los gastos ocasionados al Ayuntamiento por diversos conceptos (11.596,78 euros), resultando un total a abonar al constructor de 94.290,84 euros.

Como puede constatarse, el Director de Obras considera la incautación de la fianza una consecuencia automática de la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista e independiente de los daños y perjuicios ocasionados por la reparación, entre los que incluye los que denomina “daños de las reparaciones” y otros gastos necesarios que debió asumir el Ayuntamiento al no poder disponer de los vestuarios y tener que instalar casetas móviles y su equipamiento adecuado. Pero esta interpretación supone que se produce una incautación de la garantía constituida y, además, se añade el montante de los daños y perjuicios producidos, lo que no se ajusta ni a la letra y al espíritu de la Ley. Esto es, los daños y perjuicios cuantificados se hacen efectivos con cargo a la fianza definitiva, pero ésta no es el límite de responsabilidad del contratista, pues persiste dicha responsabilidad cuando exceda del importe de la garantía incautada. Circunstancia que no concurre en el presente caso, pues los gastos por daños y perjuicios no superan el importe de la fianza constituida, razón por la que la diferencia habrá de devolverse al contratista. En consecuencia, debe procederse a una nueva liquidación respetando la letra y espíritu del referido precepto legal que queda un tanto confuso en la Cláusula 25 del

Pliego transcrita, para deducir los gastos del importe de la fianza, siendo la diferencia resultante un saldo a favor del contratista.

Quinto

Observaciones formales

De acuerdo con el procedimiento legal y reglamentariamente establecido, falta en el expediente remitido la Propuesta de resolución sobre la que este Consejo Consultivo debe pronunciarse. Propuesta que corresponde aprobar al órgano de contratación. Este no es otro que el Alcalde, si bien es verdad que, en el presente caso, la competencia ha sido ejercida por el Pleno del Ayuntamiento. Se ha dictado la resolución de inicio del procedimiento de resolución, se ha dado trámite de audiencia, ha informado de nuevo el Director de Obras y la Secretaría-Intervención (que incorrectamente se refiere al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, mero error material, pues en su primer informe cita correctamente la Ley de Contratos del Sector Público de 2007), pero falta precisamente la Propuesta de resolución, que es la que debe concretar la posición de la Administración municipal y sobre la que hemos de pronunciarnos.

No obstante, en el presente caso, a la vista de las circunstancias concurrentes y dado que ya se devolvió el expediente para su debida ordenación y completación, puede entenderse que el informe de Secretaría-Intervención sirve de Propuesta de resolución, en el bien entendido que la resolución que se adopte habrá de acordarse con las correcciones señaladas en nuestro dictamen.

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 una piscina cubierta y vestuarios celebrado entre el Ayuntamiento de Albelda de Iregua y la empresa “C. A. M. S.A”, incautando la parte de la fianza constituida en el importe equivalente a los daños y perjuicios debidamente valorados.

Segunda

En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios, deberá concretarse, en el Acuerdo de resolución del contrato, el importe de los mismos; y se harán efectivos sobre la garantía constituida, avalada por la mercantil E., S.G.R., 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