

DICTAMEN N° 304 /2013 de 27 de junio de 2013

Contratos Administrativos.

Expediente sobre resolución de contrato a X y X, de concesión de obra pública consistente en la redacción de proyecto, construcción y explotación de una planta de tratamiento de residuos procedente de las obras de construcción y demolición.

Ha sido Ponente la Excm. Sra. D.^a Casilda Gutiérrez Pérez, con la asistencia del Letrado D. José Manuel Rodríguez Muñoz, acordándose el Dictamen por unanimidad, y resultando los siguientes

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 6 de junio de 2013 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo Consultivo solicitud de Dictamen remitido por el Excmo. Consejero de Administración Pública de la Junta de Extremadura, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12, apartado 2, de la Ley 16/2001, del Consejo Consultivo, en virtud del cual el Consejo Consultivo emitirá Dictamen en cuantos asuntos legalmente previstos deban someter preceptivamente a su consulta las Entidades Locales.

Se cursa solicitud de dictamen a iniciativa de la Excm. Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Zafra, sin que se requiera la evacuación de la consulta por el procedimiento de urgencia.

SEGUNDO.- Se acompaña el expediente administrativo, tramitado al efecto, del que se ha de destacar lo siguiente:

1.- Dictamen 765/2012 emitido por el Consejo Consultivo de Extremadura en su sesión plenaria, de 20 de diciembre de 2012 en el que se concluye que procede la tramitación de un nuevo expediente de resolución contractual al carecer de trámites tan esenciales como el inicio y la propuesta de resolución.

2.- Providencia de la Alcaldía, de 18 de febrero de 2013, mediante la que se acuerda la caducidad del expediente tramitado y archivo del mismo, incluyéndolo en el orden del día de la próxima sesión plenaria.

3.- Propuesta de la Alcaldía al Pleno, el 28 de febrero de 2013, por la que se acuerda incoar el expediente de resolución de contrato, designar instructor y

notificar el acuerdo a **X** y a la entidad avalista concediéndoles un plazo de 15 días para formular alegaciones.

4.- Traslado del acuerdo del Pleno, en sesión 4 de marzo de 2013, relativo a la incoación de expediente, al contratista y entidad avalista.

5.- Diligencia de la Secretaría del Ayuntamiento, de 2 de abril de 2013, por la que se constata que no se han presentado alegaciones ni por parte de la adjudicataria ni de la entidad avalista.

6.- Providencia del Instructor, de 4 de abril de 2013, acordando que se emita informe jurídico por la Secretaría General.

7.- Informe favorable de Secretaría, de 9 de abril de 2013, sobre el expediente de resolución de contrato.

8.- Propuesta provisional del Instructor por la que se acuerda la resolución del contrato de obra pública, incautar la garantía constituida por la totalidad de su importe y notificar la misma al contratista y a la entidad avalista.

9.- Solicitud, de 23 de abril de 2013, de la representación de la empresa **X**, para la ampliación del plazo de alegaciones.

10.- Escrito de aclaración del Ayuntamiento a la empresa **X**, para que comuniquen si siguen manteniendo la petición de ampliación de plazo en el trámite de alegaciones.

11.- El 24 de abril de 2013 la representación de **X** interesa de nuevo la ampliación del plazo para el trámite de alegaciones.

12.- Providencia del instructor de 24 de abril de 2013 acordando la ampliación del plazo solicitada y notificaciones de la misma.

13.- Escrito de alegaciones del la representación de la empresa **X**, de 30 de abril de 2013, a la propuesta provisional del Instructor, manifestando que la misma incurre en un supuesto de nulidad de pleno derecho

14.- Diligencia, de 8 de mayo de 2013, de la Secretaría del Ayuntamiento haciendo constar que se da por terminado el trámite de audiencia tras las alegaciones presentadas.

15.- Providencia del Instructor, de 9 de mayo de 2013, por la que se solicita informe de la Secretaría General.

16.- Informe de Secretaría, de 14 de mayo de 2013, sobre escrito de alegaciones realizado por la representación de **X**.

17.- Propuesta de Resolución de 16 de mayo de 2013 por la que se acuerda la resolución del contrato de concesión de obra pública consistente en la redacción de proyecto, construcción y explotación de una planta de tratamiento de residuos procedente de las obras de construcción y demolición con **X** y **X** y la incautación de la garantía por el total de su importe.

Asimismo se advierte al contratista que la resolución del contrato culpable puede comportar la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas y se solicita dictamen del Consejo Consultivo de Extremadura al existir oposición del contratista.

TERCERO.- Por Resolución de la Presidencia de este Consejo, de la misma fecha de su registro, la consulta fue admitida y se turnó ponencia según orden establecido, correspondiendo como queda indicado en el encabezamiento, dando cuenta al Pleno de tales determinaciones.

CUARTO.- No habiéndose considerado necesaria la práctica de diligencias adicionales quedó concluida esta fase del procedimiento de la consulta con la documentación obrante en el expediente, elevándose por la Ponencia Propuesta de Dictamen que fue incluida en el orden del día de la sesión plenaria que figura en el encabezamiento.

QUINTO.- En la referida sesión plenaria la Ponencia informó del contenido del Proyecto de Dictamen y sometido a deliberación del Pleno, el Consejo estimó por unanimidad la suficiencia de dicho informe y su conformidad con la Propuesta, por lo que se acordó aprobar el Proyecto de Dictamen sin necesidad de debatir en ulterior sesión.

II. OBJETO Y ALCANCE DE LA CONSULTA

Se somete a la consideración de este Consejo Consultivo, en los términos dispuestos por los artículos 12.2º y 13.1º de la Ley 16/2001, del Consejo Consultivo, la Propuesta de Resolución del contrato para la concesión de obra pública consistente en la redacción de proyecto, construcción y explotación de una planta de tratamiento de residuos procedentes de las obras de construcción, demolición y excavación, adjudicado definitivamente en fecha 27 de julio de 2010, por el Ayuntamiento de Zafra (Badajoz) y la entidad mercantil **X Y X**, por incumplimiento culpable de la misma, existiendo oposición de ésta.

El objeto del Dictamen consiste en informar acerca de si procede, o no, la mencionada resolución contractual, a la vista de las alegaciones discordantes al respecto de las partes contratantes.

Se requiere Dictamen ordinario en derecho sin extenderse a cuestiones o consideraciones de oportunidad de conformidad con lo prevenido en el artículo 2.2 de la Ley de creación de esta Instancia Consultiva.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Carácter preceptivo del Dictamen.

El artículo 13.1.i), de la Ley 16/2001 de 14 de diciembre, ya citada, de Creación del Consejo Consultivo de Extremadura, establece el carácter preceptivo de la consulta, consulta que también requiere el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para los expedientes tramitados por las Administraciones Públicas que versen sobre la resolución de los contratos administrativos, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Por ello, el Consejo Consultivo de Extremadura emite este Dictamen con carácter preceptivo.

II. Consideraciones sobre la tramitación del expediente.

El expediente de resolución del contrato referido se ha al amparo de las previsiones contenidas en la Ley 30 /2007, de CSP, aplicable, a la fecha de licitación y adjudicación del contrato sometido a Dictamen.

En el plano estrictamente procedimental, a salvo de una primera consulta a este superior órgano inadmitida por errores graves en la tramitación del expediente, tras la declaración de caducidad de tal expediente, y la reapertura de otro nuevo, se ha instruido el expediente cumpliendo las formalidades y requisitos normativamente establecidos en los artículos 194 y 195 de la Ley de Contratos del Sector Público y en el todavía vigente artículo 109, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, al haberse acordado la resolución por el órgano de contratación; ofrecer el preceptivo trámite de audiencia al contratista y avalista por un período de diez días naturales, al tratarse de una propuesta de oficio; y al haberse solicitado, como último trámite, el Dictamen de este Consejo Consultivo, exigencia requerida cuando existe oposición por parte del contratista.

Por todo ello, ninguna objeción cabe efectuar con relación al procedimiento seguido exigible para la resolución de este contrato, sin perjuicio de que haya caducado el expediente, tal y como se razona en la consideración final del presente dictamen.

III. Observaciones sobre el asunto sometido a consulta

a) Consideraciones Generales.

El contrato que la Administración pretende resolver, de indudable carácter administrativo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 19.1.a), de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. El contrato fue adjudicado el referido día 27 de julio de 2010 y hasta el momento de la iniciación de este expediente no ha sido formalizado, por lo que el propio contrato y su resolución habrá de atender a lo establecido en la mencionada Ley de Contratos del Sector Público, aplicable a los contratos de la misma naturaleza suscritos por la Administración local.

Ciertamente, el artículo 2.3 de este texto legal prevé *“su aplicación a los contratos que celebren las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local, o los organismos dependientes de las mismas (..)”*.

Para el contrato de concesión de obra pública y su resolución también debe observar lo previsto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), en los Pliegos de Cláusulas del contrato, en la oferta vinculante del adjudicatario y, supletoriamente, en las restantes normas de Derecho Administrativo, y en último extremo, y en su defecto, en las normas de Derecho Privado.

El Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto, en diferentes sentencias (entre otras, las de 4 de mayo de 1968 y de 28 de febrero de 1989) que los contratos administrativos se caracterizan por ser negocios jurídicos con una finalidad orientada a la consecución del interés general, explicándose con fundamento en este destino finalista, ligada a la exigencia que una de las partes en el contrato sea una Administración Pública, esto es, una persona jurídico pública, obligada en su actuación al principio de legalidad y orientada a la consecución de intereses generales. Precisamente el fin que pretende y el ostentar naturaleza jurídica pública explican que el ordenamiento jurídico le otorgue un haz de prerrogativas a su favor cuando lleva a cabo esta actividad. Entre estas prerrogativas, se encuentra el acordar su resolución, por las causas y con los límites que la propia Ley establece.

Así, la Ley de Contratos del Sector Público, en el artículo 194, reconoce a la Administración la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar sus efectos.

La resolución de los contratos, entendida como la última medida a la que acudir en razón al fin de interés general que siempre persigue el contrato, implica la terminación anormal de la relación contractual, produciéndose generalmente con anterioridad a la finalización de su vigencia, al existir motivos imputables a cualquiera de las partes que inciden en su buena ejecución y en el funcionamiento final del servicio de interés público y que se incardinan en alguna de las causas expresadas, de modo tasado, en la Ley.

En efecto, la causa natural de finalización de un contrato, obviamente, es su cumplimiento, como prevé el artículo 205 de la citada Ley 30/2007. Sin

embargo, la Ley contempla otras causas de finalización del contrato que no obedecen al cumplimiento de los derechos y obligaciones de las partes y que, por ello, obligan a la resolución del mismo. El artículo 204 establece que “*Los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución*”. Y los artículos 206 a 208 determinan las causas de resolución, el régimen de aplicación de las mismas y los efectos que de tal declaración derivan.

El artículo 206 enumera las causas de resolución que se pueden agrupar en tres bloques: causas imputables al contratista, causas imputables a la Administración, y el mutuo acuerdo entre las partes. En función de la calificación de la causa, y de la imputación a una u otra parte, las consecuencias serán bien diversas y, en ocasiones, van más allá de las ordinarias previstas por el ordenamiento para un incumplimiento de contrato en cualquier otro ámbito del tráfico jurídico; sobre todo, en los casos de responsabilidad del contratista, debido, sin duda, a las prerrogativas que las leyes atribuyen a la Administración Pública en su posición de contratante.

Como se ha referido, el artículo 206 de la Ley de Contratos del Sector Público, es el dedicado a regular las causas de resolución del contrato; ahora bien, tal régimen legal se complica cuando la propia Ley contiene un catálogo específico adicional de causas de resolución para cada una de las modalidades de los contratos típicos. Así, por lo que respecta al contrato de concesión de obra pública, el artículo 220 de la Ley 30/2007 determina que son causas de resolución del contrato las contempladas en el artículo 206, y, además, las que seguidamente expresa.

En el supuesto objeto de Dictamen, la Administración consultante señala en su propuesta de resolución, expresamente, como causa de resolución del contrato la contenida en el artículo 140.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, manifestando que no se ha formalizado el contrato por causa imputable al contratista.

Es preciso advertir que el expediente hoy sujeto a dictamen ya había sido objeto de solicitud de Dictamen de este Consejo sobre aspectos del mismo que se saldó con la Inadmisión de la consulta en los términos que se incorporan a continuación:

“Que tenidas en cuenta las consideraciones contenidas en el cuerpo del presente Dictamen procede la incoación de un nuevo expediente de resolución del contrato “Concesión de obra pública consistente en redacción de proyecto, construcción y explotación de una planta de tratamiento de los residuos procedentes de las obras de construcción, demolición”, adjudicado a la entidad mercantil X Y X”.

b) Consideraciones sobre la concurrencia de la causa invocada de resolución del contrato.

Puestas de manifiesto las consideraciones anteriores, seguidamente, se debe examinar si existe causa que ampare la resolución contractual y, en su caso, los efectos que de ésta pudieran derivarse.

En efecto, el artículo 140.3 de la LCSP, como norma aplicable para la extinción del presente contrato, en su redacción original, decía que: *“cuando por causas imputables al contratista no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado (diez días hábiles desde la notificación de la adjudicación definitiva), la Administración podrá acordar la resolución del mismo, así como la incautación de la garantía provisional que, en su caso se hubiese constituido, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 195.3 a) en cuanto a la intervención del Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente en los casos en que se formule oposición por el contratista”*.

Así que, por lo que respecta a la pretendida incautación de la fianza (aval) definitiva, constituida por el adjudicatario, como efecto de la resolución por esta causa, que propone la instrucción del procedimiento, no puede ser sancionada por este Consejo, al no considerarla un efecto legalmente previsto en la Ley.

Existe una laguna legal, como resulta fácil comprobar, pues lo que la Ley prevé para el caso de la no formalización del contrato por causa imputable al contratista, es la incautación de la garantía provisional.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando, como es el caso, el contratista ha constituido efectivamente la garantía definitiva?. Es lógico suponer, aunque no se constata en el expediente, que se ha producido antes la devolución de la garantía provisional, y a pesar de cumplimentar este trámite obligado no ha formalizado el contrato. El artículo 140.3 original de la LCSP no preveía este supuesto, pero sí la modificación sobre su contenido que operó la Ley 34/2010, de 5 de agosto.

Con esta redacción, prevé, en su apartado cuarto, del mismo artículo 140 lo siguiente: *“Cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que, en su caso hubiese exigido”*.

La solución legal corresponde al presupuesto de hecho que aquí nos ocupa, siempre que la falta de formalización del contrato se pueda imputar exclusivamente a la conducta del contratista. Porque radicalmente distintos son los efectos en el caso de que la falta de formalización se haya debido a la administración, supuesto que genera la indemnización al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pudiera ocasionar.

Las anteriores reflexiones y una vez examinados los diversos informes de los servicios administrativos del ente contratante y las distintas alegaciones formuladas por el contratista que aluden a proposiciones del contratista para

alterar los términos del mismo y otros documentos que obran en el expediente, algunos remitidos a este Consejo y otros aludidos simplemente por las partes, el Consejo estima que procede la resolución del contrato por causa únicamente imputable al contratista, al haber requerido la empresa adjudicataria a la administración, tras la adjudicación del contrato, la modificación de las condiciones para la adición de diversos aspectos no contemplados en los pliegos o en la oferta que presentó como licitadora la empresa.

Tales peticiones de la empresa son insostenibles, como bien se argumenta desde el Ayuntamiento, pues los términos y condiciones contenidas en los pliegos constituyen la ley del contrato y su modificación a posteriori sin adecuarse a los procedimientos previstos en la legislación de contratos perturban y alteran el procedimiento de contratación y sus principios básicos.

Si lo que se pretendía por la empresa era una modificación del contrato, no se puede llevar a cabo ésta antes, incluso, de comenzar la ejecución del mismo, no pudiendo introducirse tampoco modificaciones a los pliegos en el documento contractual.

De hecho, reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas, vid. Sentencia de 25 de abril de 1990, establece que, en el caso de divergencias entre lo establecido en el pliego de cláusulas y el contrato, ha de prevalecer el primero; las declaraciones contenidas en los pliegos de cláusulas, o en la oferta vinculante del adjudicatario no pueden ser modificadas por los correspondientes contratos.

En suma, la petición de la empresa de revisión del canon anual y otras modificaciones antes incluso de la firma del contrato, resultan completamente inadmisibles, y no justifican en ningún caso la negativa de ésta a la firma del documento contractual.

Por lo tanto, y para concluir, la falta de firma del documento de formalización es una causa de resolución válida, y procedente en el caso que nos ocupa.

Este contrato ha de finalizarse, dado que parece que la contratista tiene poco o ningún interés en que se lleve a cabo, a la vista de la considerable demora acumulada que demuestra y los sucesivos plazos ofrecidos para alcanzar acuerdos, posteriormente frustrados.

En cuanto a los efectos de tal resolución, estima este superior órgano que no cabe, ni incautación íntegra de la garantía definitiva, sin perjuicio de la indemnización del contratista a la administración.

En conclusión, como ya hemos razonado, procede la resolución del contrato por la causa expresada en la propuesta de resolución sometida a Dictamen, con incautación del importe de la garantía provisional sobre el monto de la definitiva consignada, y previo el oportuno expediente

contradictorio, la solicitud a la empresa, de la indemnización por daños y perjuicios debidamente valorados y acreditados, si se hubieran producido, utilizando para ello, la parte sobrante de la fianza definitiva constituida.

En cuanto a la posibilidad de prohibir la contratación a la empresa, cabe recordar a la administración actuante la necesidad de abrir nuevo expediente contradictorio al efecto para decretar tal prohibición, como establece el artículo 50.1, *in fine* de la LCSP de 2007 aplicable.

IV. Consideración final

No consta en este Consejo Consultivo que se haya dictado acto de suspensión de plazos para resolver por lo que el expediente podría haber caducado, extremo que el Ayuntamiento habrá de tener en cuenta antes de la conclusión del procedimiento a los efectos oportunos. En cuanto a la duración del procedimiento tramitado, procede señalar que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, no ha resuelto la cuestión relativa al plazo máximo para resolver los procedimientos de resolución de contratos. Por ello, debemos entender que continua siendo de aplicación el plazo previsto, con carácter general, en el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En el presente caso, incoado el expediente de resolución de contrato el día 4 de marzo de 2013, habría transcurrido sobradamente el plazo máximo para resolver y notificar la resolución, de tres meses de que disponía la Administración, en cuyo caso procedería la caducidad del expediente, salvo que se hubiere suspendido tal plazo, acto del cual este Consejo no tiene conocimiento como ya se ha dicho.

CONCLUSIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Extremadura dictamina

“Que tenidas en cuenta las consideraciones contenidas en el cuerpo del presente Dictamen procede la resolución del contrato a **X y X**, de concesión de obra pública consistente en la redacción de proyecto, construcción y explotación de una planta de tratamiento de residuos procedente de las obras de construcción y demolición tramitado a instancia del Ayuntamiento de Zafra, con los efectos previstos en el último apartado de este Dictamen.