

En Logroño, a 10 de febrero 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. Pedro de Pablo Contreras, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen Ortiz Lallana y D. José María Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**5/10**

Correspondiente a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Tricio, a través del Excmo. Sr. Consejero de Administraciones Públicas y Política Local, en relación con la resolución del contrato e incautación de fianza en el procedimiento de adjudicación de las obras “Depósito regulador y abastecimiento de agua potable a los municipios de Tricio y Arenzana de Abajo”.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del Asunto**

#### **Primero**

El Pleno del Ayuntamiento de Tricio, en sesión celebrada el día 25 de septiembre de 2008 acuerda la aprobación del Proyecto técnico denominado “Depósito regulador y abastecimiento de agua potable a los municipios de Tricio y Arenzana de Abajo”, redactado por el Ingeniero Industrial D. M. G. L., con un presupuesto de ejecución por contrata de 904.250,14 euros (IVA incluido), así como la convocatoria de licitación, por procedimiento abierto, aprobando igualmente el Pliego de Cláusulas administrativas particulares.

#### **Segundo**

Tramitado el expediente, el 2 de abril de 2009 se firma el Acta de la Mesa de Contratación, proponiendo la adjudicación provisional a favor de la empresa “*U.T.E. U. I., S.A.-M., S.A.*”, en el importe ofertado de 632.685,30 € (IVA incluido). El Pleno de la Corporación, en sesión del mismo día 2 de abril, aprueba la adjudicación provisional, que se publica en el BOR nº 57 de fecha 8 de mayo de 2009.

La adjudicación definitiva del contrato de obras se realiza por Resolución de Alcaldía de 16 de junio de 2009.

### **Tercero**

Hay constancia en el expediente, bajo la fe del Secretario del Ayuntamiento, de que, tras la adjudicación definitiva, hubo contactos telefónicos con una de las empresas integrantes de la UTE adjudicataria a fin de que aportara la escritura de constitución de la misma y designara al representante, a efectos de la firma del contrato, así como para concretar fecha de la firma.

La empresa adjudicataria sugirió una reunión, con presencia del Ingeniero autor del proyecto, para ver la posibilidad de modificar éste, a efectos de construir el depósito con estructuras prefabricadas, siendo varias las reuniones celebradas y manteniendo siempre, tanto por parte de los Ayuntamientos afectados como del autor del proyecto, la negativa a su modificación y a la posibilidad de utilizar prefabricados.

Tras varios requerimientos telefónicos, la adjudicataria sugiere, ante la proximidad del período vacacional del mes de agosto, dejar pendiente la firma para septiembre, a lo que accede el Ayuntamiento.

### **Cuarto**

Tras nuevos requerimientos telefónicos, en fecha 14 de septiembre de 2009 se procede a notificar oficialmente, por correo certificado con acuse de recibo, la Resolución de adjudicación definitiva, requiriendo a la empresa adjudicataria a personarse en el Ayuntamiento de Tricio el siguiente día 28, para la firma del contrato en documento administrativo, a cuyo efecto deberá aportar previamente la escritura de constitución de la UTE y el NIF de su representante legal.

### **Quinto**

En la fecha prevista, 28 de septiembre de 2009, comparece en el Ayuntamiento de Tricio D. I. P., quien dice actuar en representación de la UTE y manifiesta ante los Sres. Alcalde y Secretario que no les es posible atender la oferta presentada en su día por cuanto ello “...supondría para nuestra empresa unas pérdidas de más de cien mil euros...”, alegando que ha transcurrido demasiado tiempo desde la aprobación inicial y culpa a la Administración Municipal del retraso en la notificación de la adjudicación definitiva.

Tras esta reunión, y en la misma fecha, presenta un escrito solicitando la resolución del contrato de las obras del “Depósito regulador y suministro de agua potable para Tricio

y Arenzana de Abajo”, *por falta de formalización del mismo en plazo, con devolución de las garantías presentadas.*

#### **Sexto**

Mediante oficio certificado con acuse de recibo, de fecha 2 de octubre, se requiere, por segunda y última vez, a la UTE adjudicataria a fin de que, el siguiente día 9, a las 13 horas, se persone en el Ayuntamiento de Tricio el apoderado de aquélla para la firma del contrato en documento administrativo, debiendo aportar, previa o simultáneamente al acto de la firma, la escritura de constitución de la UTE y el NIF de su representante legal.

El día señalado, no comparece persona alguna en representación de la UTE requerida.

#### **Séptimo**

Por Decreto del Alcaldía de 16 de octubre de 2009, se dispone: *“incoar expediente para resolución del contrato administrativo de las obras “Depósito regulador y suministro de agua potable para Tricio y Arenzana de Abajo” con afectación de la garantía definitiva depositada en el expediente; dar un plazo a los interesados de 15 días hábiles para presentar alegaciones; y notificar la resolución a la empresa adjudicataria y a la entidad avalista.”*

En el expediente administrativo obra copia del aval de Caja Rural de Navarra por la cantidad de 27.270,92 euros.

#### **Octavo**

Por escrito de fecha 5 de noviembre de 2009, registrado de entrada en el Ayuntamiento de Tricio el siguiente día 10, D. I. P., en representación de la UTE, se opone a la resolución instada por el Ayuntamiento alegando el incumplimiento de plazos por parte de éste, solicitando la resolución a instancia de aquélla o bien por mutuo acuerdo, con devolución, en todo caso, de la garantía prestada.

#### **Noveno**

Previo solicitud del Alcalde de Tricio, el Secretario de este Ayuntamiento emite, con fecha 23 de noviembre, un informe que, en síntesis, concluye que procede acordar la resolución por incumplimiento culpable del adjudicatario, previa solicitud de dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja, así como la incautación de la garantía provisional e incluso una eventual indemnización de daños y perjuicios, en caso de existir estos.

## **Décimo**

Con fecha 24 de noviembre, el Alcalde de Tricio dispone solicitar un informe complementario a la Oficina de Asistencia a Pequeños Municipios de la zona de Nájera, informe que es emitido en Nájera, el día 1 de diciembre, en sentido muy similar al del Secretario del Ayuntamiento.

## **Décimo primero**

A propuesta del Alcalde, el Pleno de la Corporación Municipal, en Sesión celebrada el día 4 de diciembre, acordó solicitar dictamen de este Consejo Consultivo sobre la propuesta del Ayuntamiento de declarar la resolución del contrato para la ejecución de las obras de “Depósito Regulador y Abastecimiento de Agua Potable a los municipios de Tricio y Arenzana de Abajo”, con la incautación de la garantía definitiva depositada por el empresa adjudicataria mediante aval de la Caja Rural de Navarra por el 5% del importe de adjudicación de las obras.

## **Antecedentes de la consulta**

### **Primero**

Por escrito fechado el 30 de diciembre de 2009, registrado de entrada en este Consejo el siguiente día 12 de enero de 2010, el Excmo. Sr. Consejero de Administraciones Públicas y Política Local del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

### **Segundo**

Mediante escrito de fecha 12 de enero de 2010, registrado de salida el 13 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 a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

### **Tercero**

Asumida la ponencia por el Consejero señalado en el encabezamiento, la misma quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo señalada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero**

#### **Necesidad y ámbito del Dictamen del Consejo Consultivo**

Varios los preceptos de nuestro ordenamiento jurídico que determinan el carácter preceptivo del informe del Consejo de Estado u órganos consultivos de las Comunidades Autónomas, cuando concorra una causa legal de resolución contractual *ex* artículo 206 LCSP, (Ley 30/2007, de 30 de octubre).

-El artículo 197. 1 LCSP, 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 Organo 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.

## **Segundo**

### **Sobre la concurrencia de causas de resolución del contrato**

El art. 206-d) de la LCSP considera causa de resolución “*la no formalización del contrato en plazo*”, con los efectos que prevé el art. 140.3 según sean imputables al contratista o a la Administración las causas de no haberse formalizado en plazo.

Anticipemos que, en opinión de este Consejo, es la contratista la que ha incurrido en causa justificativa de la resolución contractual a instancias de la Administración, por no formalizar el contrato el 28 de septiembre de 2009, a lo que había sido requerido oficialmente el anterior día 14, ni comparecer tampoco el siguiente 9 de octubre, fecha fijada en el segundo requerimiento, de fecha día 2 de ese mes, al mismo objeto.

En la primera de las fechas previstas, el 28 de septiembre, sí compareció en el Ayuntamiento de Tricio el representante de la adjudicataria, pero no para formalizar el contrato, sino para alegar que su ejecución le supondría pérdidas y presentar un escrito en el que culpa a la Administración del retraso en la notificación de la adjudicación definitiva, por lo que solicita la resolución y la devolución de la fianza.

Ciertamente, y así lo reconocen los Servicios de Asesoría y Secretaría de la Corporación Municipal, por parte de ésta se han incumplido dos plazos. Por una parte, el de diez días hábiles para la adjudicación definitiva del contrato, a computar una vez que expire el plazo de quince días hábiles desde la publicación del anuncio de la adjudicación provisional en el BOR de 8 de mayo de 2009 (art. 135.4, párrafo final, LCSP), plazo que finalizó por tanto el 6 de junio de 2009 y, habiéndose llevado a cabo la adjudicación definitiva el 16 de junio, se hizo con una demora del diez días naturales.

Y, por otra parte, el plazo de notificación a todos los licitadores, y entre ellos a la propia adjudicataria, del acuerdo de adjudicación definitiva, plazo que no establece expresamente la LCSP, por lo que habrá que aplicar el de diez días a partir de la fecha en que se dicte el acto que prevé el art. 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Evidentemente, la notificación de la adjudicación definitiva a la UTE, que se produjo el 17 de septiembre de 2009, supone una demora sobre aquél término de más de dos meses.

Sin embargo, hay que tener en cuenta, como acertadamente se argumenta en los informes emitidos a solicitud del Ayuntamiento de Tricio, que, según el art. 63.3 de la misma Ley 30/1992, *“la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo”*.

Y nada indica que, *per se*, los dos términos de cuyo incumplimiento pudiera ser responsable la Administración local tengan el carácter esencial que determinará la anulabilidad del acto y subsiguiente posibilidad de resolución a instancias del adjudicatario.

Es más, respecto del primer término incumplido, el previsto en el art. 135.4 LCSP para la adjudicación definitiva, el propio precepto, en su inicio final, admite pueda ampliarse por las normas autonómicas de desarrollo de la Ley, sin que se exceda de un mes. En el caso sometido a dictamen, la adjudicación definitiva se demoró tan solo diez días naturales. Aun cuando la Comunidad Autónoma de La Rioja no ha desarrollado la Ley, la posibilidad prevista en dicho inciso es indicativa del carácter no esencial del término en cuestión.

Y, por lo que se refiere al plazo de notificación de la adjudicación definitiva, del expediente administrativo resulta patente que la responsabilidad, más que de la Corporación adjudicante, es de la UTE adjudicataria, toda vez que el Ayuntamiento se puso de inmediato en contacto con la empresa para negociar una fecha que conviniera a ambas partes para la firma del contrato. La adjudicataria pidió una reunión, con presencia del Ingeniero autor del proyecto, celebrándose no una sino varias, pretendiendo en todas ellas que se modificara el proyecto a efectos de construir el depósito con estructuras prefabricadas en lugar de con hormigón armado, a lo que, con buen criterio, no se accedió. Continuó dando largas (posibilidad de que se remitiera el contrato a Pamplona dejar la firma para después de agosto por razón de las vacaciones...) hasta que, ante la evidencia de su intención dilatoria, el 14 de septiembre se notifica la adjudicación definitiva a la UTE adjudicataria, al tiempo que se la emplaza para la firma del contrato el siguiente día 28, notificación por correo certificado cuyo acuse de recibo es firmado por la destinataria el día 17.

Este Consejo, además de considerar acreditados los extremos que anteceden por la presunción de certeza de las actas levantadas por el Secretario del Ayuntamiento (Antecedente Tercero del Asunto), solicitó información del Ingeniero Sr. G. L. quien confirmó la pretensión de la adjudicataria, reiterada en los meses de junio y julio de 2009, de modificar el proyecto en el sentido ya antes expresado, lo que nos lleva a la conclusión de que la responsabilidad por el incumplimiento del término que establece el art. 135.4 de la LCSP recae sobre la adjudicataria y que, en definitiva, el único incumplimiento que

puede fundar la resolución del contrato es el tipificado como causa de resolución en el apartado d) del artículo 206 de la LCSP, la no formalización del contrato en plazo, falta de formalización imputable a la adjudicataria, que fue quien mostró desde el principio una voluntad rebelde al cumplimiento.

Por todo ello, y estando cumplidos los requisitos formales (acuerdo por el órgano de contratación y audiencia del contratista que se opuso), dictaminamos ajustada a Derecho la resolución, a instancias del Ayuntamiento de Tricio, del contrato en el procedimiento de la adjudicación de las obras “Depósito regulador y abastecimiento de agua potable a los municipios de Tricio y Arenzana de Abajo”, con las consecuencias que se exponen en el siguiente fundamento.

### **Tercero**

#### **Sobre las consecuencia derivadas de la resolución del contrato**

Según el art. 140.3, al que se remite el 208.1, ambos de la LCSP, *“cuando por causas imputables al contratista no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la resolución del mismo, así como la incautación de la garantía provisional que, en su caso, se hubiese constituido...”*

Será aplicable, además, el citado art. 208, en su punto 4, a cuyo tenor, *“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización será efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese 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”*.

La interpretación conjunta de ambos preceptos nos lleva a considerar que la incautación de la garantía provisional no implica, necesariamente, la pérdida automática de la fianza prestada, sino su afectación a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, pudiendo resultar, según los casos, saldo favorable a la adjudicataria, que obligaría a su reintegro, o a favor de la Administración, en cuyo supuesto, según el inciso final del segundo de los preceptos transcritos, subsistiría la responsabilidad del contratista por la diferencia.

## **CONCLUSIONES**

### **Única**

Se dictamina favorablemente la resolución del contrato administrativo de las obras “Depósito Regulador y Abastecimiento de Agua Potable a los municipios de Tricio y Arenzana de Abajo”, con incautación de la fianza prestada, con el alcance señalado en el Fundamento de Derecho Tercero, en su párrafo final.

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