



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 1 / 1992

En La Laguna, a 14 de febrero de 1992.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, a petición del Excmo. Ayuntamiento de la Villa de Los Realejos, en relación con la *Propuesta de resolución del contrato de obras del denominado Segundo Desglose del Proyecto del pabellón polideportivo cubierto de Los Realejos (EXP. 18/1991 CA)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, en virtud del Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de la Villa de Los Realejos, consiste en determinar si el expediente de resolución del contrato de obras del denominado "Segundo Desglose del Proyecto del pabellón polideportivo (cubierto) de Los Realejos", incoado por el Ayuntamiento referido, es conforme al Ordenamiento jurídico, constituido, por lo que aquí interesa, por los Pliegos de Condiciones Económico-Administrativas y Facultativas Particulares que rigen en el contrato, ley del mismo, y por la legislación del Estado y, en su caso, por la de la Comunidad Autónoma en los términos del art. 149.1.18ª de la Constitución; esto es, por la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TR), la Ley de Contratos del Estado (LCE), cuyo texto articulado fue aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, su Reglamento (RCE), aprobado por Decreto 3410/1975, de

* **PONENTE:** Sr. Pérez Voituriez.

25 de noviembre, y, en lo que continúe vigente, por el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (RCCL) de 9 de enero de 1953.

2. La competencia del Consejo Consultivo para dictaminar el asunto que se somete a su consideración viene atribuida por el art. 10.7 de la Ley 4/1984, de 6 de julio, según la redacción que le dio la Ley 13/1986, de 30 de diciembre, de modificación parcial de aquélla, en tanto determina que será preceptivo el dictamen previo de este Consejo en aquellos asuntos en que por precepto legal deba consultársele, siendo así que el art. 114.3 TR dispone que en los casos de resolución de contratos cuando el precio de los mismo exceda de la cantidad fijada por la legislación estatal sobre contratación administrativa (el art. 18 LCE fija esa cantidad en 100.000.000 de pesetas), será preceptivo el dictamen del órgano consultivo superior de la Comunidad Autónoma, si existiere, o, en su defecto, del Consejo de Estado, por lo cual, refiriéndose el expediente de resolución a un contrato adjudicado por el precio de 152.136.263 ptas., es innegable la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitir su parecer técnico-jurídico sobre el asunto que se ha sometido a su consideración.

II

Para que el Consejo pueda pronunciarse respecto de la adecuación al Ordenamiento Jurídico de la Propuesta de resolución del contrato adjudicado por el Ayuntamiento de la Villa de Los Realejos a la Compañía mercantil "C.A., S.A." para la ejecución de las obras del "Segundo Desglose del Proyecto de pabellón polideportivo (cubierto) de Los Realejos", que culmina el expediente que le ha sido remitido, es preciso analizar el contenido de cada uno de los actos que lo integran y su adecuación al Ordenamiento Jurídico vigente, de tal forma que pueda concluirse afirmando la procedencia o no de que se acuerde la resolución del contrato considerado.

1. Como resulta de la documentación remitida a este Organismo, el expediente instruido para llevar a cabo la contratación mediante subasta de las obras mencionadas se inició el día 30 de agosto de 1991, mediante Providencia del Sr. Alcalde-Presidente, habiéndose unido al mismo los distintos Informes y Acuerdos exigidos por la Ley. Vencido el plazo fijado en los distintos edictos que se insertaron en los Boletines Oficiales de la Provincia, de Canarias y del Estado y en el tablón de

anuncios del Ayuntamiento, la Mesa de Contratación resolvió adjudicar provisionalmente el contrato al mejor postor, la compañía mercantil "C.A., S.A.", por el precio de 152.136.263 ptas., acto que fue confirmado por el Pleno Municipal adjudicando definitivamente el contrato en los términos inicialmente previstos. Dicho Acuerdo fue notificado a la empresa adjudicataria el 30 de octubre de 1991 sin que la misma constituyera la fianza definitiva, por lo cual, fue requerida el día 22 de noviembre del mismo año para que en el plazo de diez días la constituyera en legal forma o alegara lo que conviniera a sus intereses, advirtiéndosele que, si no atendía el expresado requerimiento o si se confirmaban las informaciones de que la empresa había iniciado expediente de suspensión de pagos, se procedería a incoar el oportuno expediente de resolución contractual.

2. Fácilmente se constata que la primera cuestión a dilucidar es si las causas de resolución alegadas en el expediente (no constitución de la fianza definitiva y supuesto inicio de expediente de suspensión de pagos) son adecuadas conforme a Derecho y si, en consecuencia, deberían acarrear la necesaria resolución del contrato; y, en segundo lugar, determinar las consecuencias que derivan del hecho de que no consta en el expediente remitido que aquél se formalizara por escrito en el plazo legalmente previsto (art. 39 y 70 LCE). Pero es claro que, aunque la contratación administrativa es eminentemente formalista (el art. 41 LCE prohíbe a la Administración contratar verbalmente la ejecución de obras, así como iniciar éstas sin la previa formalización del contrato correspondiente, salvo que se trate de obras urgentes o de emergencia), la forma escrita, aunque obligatoria, carece de carácter constitutivo, toda vez que el contrato se perfecciona con la adjudicación definitiva, no con la formalización, y desde ese mismo momento existe y obliga como tal (art. 13 y 32 LCE y 45 y 48 RCCL). En este sentido, y conforme indicó el Consejo de Estado en Dictamen de 13 de julio de 1977, "el contrato existe desde que se realizó, no ya la adjudicación provisional, sino la definitiva, ya que estos contratos, según el art. 32 LCE, se perfeccionan con la adjudicación definitiva".

Más dudoso es que pueda considerarse como causa de resolución la existencia de informaciones relativas a la posible iniciación por la empresa adjudicataria de expediente de suspensión de pagos porque, como veremos, las causas de resolución previstas en la Ley (art. 51 y 52 LCE y 156 y 157 RCE) no acogen tal supuesto.

En efecto, el art. 52.6 RCE establece que es causa de resolución del contrato de obras la declaración de quiebra o de suspensión de pagos del contratista, por lo cual, aún en el supuesto de que fuera cierto que la empresa hubiera solicitado que se le declarara en estado legal de suspensión de pagos, no habría causa de resolución (la Ley prevé en estos casos la posibilidad de que el Ministerio de Economía y Hacienda suspenda las clasificaciones otorgadas a esos empresarios -art. 102 LCE-), toda vez que ésta sólo se producirá en el momento en que aquella se declarara judicialmente; y, aún, en estos casos, no necesariamente, puesto que el art. 165 RCE prevé la posibilidad de que cuando el empresario se halle en condiciones de ejecutar las obras y ofrezca garantías suficientes a este fin, podrá la Administración acordar la continuación provisional de los trabajos. En este punto, el Consejo de Estado en Dictamen de 9 de diciembre de 1982, expresó la opinión de que "la causa resolutoria prevista en el art. 157.6 del RCE (suspensión de pagos del contratista) "debe ser alegada por el contratista" (...) y "no interrumpe necesariamente las actividades del comerciante suspenso, según reconoce la legislación mercantil".

3. Tal y como se expresó anteriormente, el otro motivo, y este es el verdaderamente importante, alegado en el requerimiento realizado a la empresa adjudicataria el día 22 de noviembre de 1991, así como en los Informes evacuados por la Secretaría y la Intervención del Ayuntamiento como causa de resolución, es la no constitución, dentro del plazo legalmente establecido, de la fianza definitiva prevista en el Pliego de Condiciones.

Bien sabido es que en la contratación administrativa es tradicional la exigencia al contratista de la prestación de garantías que tratan de asegurar la perfección del contrato y su correcta ejecución posterior. Y así, los arts. 39 y 118 LCE obligan al adjudicatario a constituir dentro de los 15 días siguientes a dicha notificación la fianza definitiva en garantía de buen cumplimiento del contrato, de tal forma que si ésta no llega a constituirse por causas imputables al contratista, esto es por causa a él atribuible cualquiera que haya sido su voluntad real (Dictamen del Consejo de Estado de 14 de julio de 1970), no sólo se declarará resuelto el contrato (art. 118 LCE), sino que la Administración se incauta de la fianza provisional (art. 347 RCE) e, incluso, si logra acreditar que el incumplimiento del contratista le ha producido cualesquiera otros daños materiales, puede ejercitar cuantas acciones de resarcimiento le competan, de modo independiente a aquella fianza (Dictámenes del

Consejo de Estado de 22 de diciembre de 1966 y 2 de mayo de 1975). Este principio de responsabilidad universal del contratista ha sido recogido por la LCE, cuyo art. 119 dispone que cuando la fianza no sea bastante para satisfacer las citadas responsabilidades, la Administración procederá al cobro de la diferencia mediante ejecución sobre el patrimonio del contratista, con arreglo a lo establecido en el Reglamento General de Recaudación. Y ello, lógicamente, sin perjuicio de que al acordar la resolución por incumplimiento del contrato la Corporación declare la inhabilitación del contratista con los efectos previstos en los arts. 9.3 y 102 LCE (art. 67 RCCL).

Los documentos que se han incorporado al expediente acreditan sin lugar a dudas que la empresa adjudicataria no ha constituido hasta la fecha la obligatoria fianza definitiva, prevista para responder de las penalidades que pudieran imponérsele por razón de la ejecución del contrato, y que en el requerimiento que se le notificó el día 22 de noviembre de 1991 se le conminó a que lo hiciera en el supletorio plazo de 10 días. Pero la Ley también establece (art. 118 LCE) que la fianza definitiva habrá de acreditarla el contratista en el plazo de 15 días, contados desde que se le notifique la adjudicación, comprobándose que en la notificación del Acuerdo de adjudicación del contrato no se consignó el plazo del que disponía el contratista para depositar la fianza, ni tampoco se explicita tal extremo en el Pliego de Cláusulas, aún cuando, por virtud de lo dispuesto en el art. 46 RCCL, estaba obligado el Ayuntamiento no sólo a comunicar la adjudicación sino también a requerir, al mismo tiempo, para que se presente el documento acreditativo de haber constituido la garantía definitiva, y para que concurra a formalizar el contrato, pues a dicha Administración debe atribuirse el deber de hacer saber al contratista el plazo del que disponía para cumplir sus obligaciones, no siendo suficiente a estos efectos que tales plazos estén fijados en la Ley o que la empresa los conozca por haber participado en otras licitaciones.

Tal omisión determinó, como no podía ser menos, la necesidad de practicar un requerimiento en el que se dio cuenta al contratista, ahora sí, que disponía de un plazo de 10 días, adicional al previsto en el art. 118 LCE, para constituir la fianza definitiva a que estaba obligado como adjudicatario del contrato, toda vez que el contrato de obra tiene el carácter de "negocio fijo" en el que el simple vencimiento

de los plazos sin que la prestación del contratista esté realizada implica *ipso iure* la calificación de incumplimiento (Dictamen del Consejo de Estado de 26 de octubre de 1967 y STS de 23 de enero de 1981), sin necesidad de interpelación o intimación previa por parte de la Administración (art. 45 LCE y 46.3 RCCL), a menos que el contratista, y no fue el caso, haya solicitado de aquella dentro del plazo contractual la correspondiente prórroga y que la Administración, discrecionalmente, se la haya concedido.

Al no haber hecho caso tampoco el adjudicatario al ulterior requerimiento que le notificó el Ayuntamiento de la Villa de Los Realejos, sería procedente, desde luego, que el Pleno acordara la resolución del contrato, con las consecuencias anteriormente descritas, y que, en consecuencia, procediera a hacer efectiva la celebración del nuevo contrato en las mismas condiciones y, si la segunda adjudicación resultare menos beneficiosa para la Entidad Local, a reintegrarse de la pérdida a costa del primer adjudicatario (art. 97 RCCL y SSTs de 8 de marzo de 1986 y de 22 de octubre de 1986).

III

Una vez considerados los motivos que concurren en el expediente dictaminado y la procedencia del último de ellos para que pueda acordarse la resolución del contrato, ha de considerar este Consejo el valor de las notificaciones realizadas por el Ayuntamiento de la Villa de Los Realejos, toda vez que pudieran existir dudas sobre la corrección con que se llevaron a cabo.

Son las notificaciones actos de comunicación de la Administración a los interesados que no sólo condicionan legalmente la eficacia de las resoluciones o Acuerdos administrativos, sino que además permiten a aquellos ejercitar en el terreno de la garantía jurídica los recursos o medios de impugnación que, en cada caso, procedan. Su régimen se halla contenido en los arts. 79 y 80 de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA), que establecen una serie de requisitos sin los que aquellas han de considerarse defectuosas. Interesa en este momento analizar el contenido de las practicadas con motivo de la adjudicación definitiva del contrato y del requerimiento posteriormente dirigido al contratista, toda vez que ambas, si bien cumplen los requisitos objetivos que para toda notificación exige el art. 79.2 LPA, presentan ciertas deficiencias en cuanto al cumplimiento de los requisitos subjetivos

y formales se refiere. A este respecto, debe recordarse que el art. 79.1 LPA establece que el destinatario de la notificación ha de ser el interesado, o interesados, a que afecta el Acuerdo o resolución, sea definitivo o de trámite, carácter que sólo puede predicarse respecto de quienes se encuentran en alguno de los supuestos relacionados en su art. 23 (STS de 22 de diciembre de 1981). Ello determina que, en principio, la cualidad de interesado sólo pueda atribuirse en el expediente dictaminado al apoderado de la entidad mercantil "C.A., S.A.", el único que, según consta en la escritura de apoderamiento conferida ante notario, que así mismo obra en el expediente bastantada de forma favorable por la Secretaría accidental del Ayuntamiento, tenía en la fecha de las notificaciones facultades suficientes para representar a la empresa adjudicataria, siendo evidente, y así consta en el reverso de los folios 91 y 98 del expediente, que las notificaciones practicadas figuran recibidas por persona que no consigna el carácter o naturaleza de su cargo ni su relación con la empresa.

Frente a esta situación, debe recordarse que el art. 80.2 LPA establece que de no hallarse presente el interesado en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su parentesco o la razón de permanencia en el mismo, por lo que, no pudiendo deducirse del examen del expediente quien es la persona receptora de la notificación, aquella pudiera reputarse defectuosa y, en consecuencia, el acto notificado podría no producir efectos ni poner en marcha los plazos de recurso (STS de 11 de febrero de 1986). En efecto, no es suficiente con que el desconocido receptor haya estampado junto a su ilegible firma el sello de fechas de la empresa, y si bien es cierto que el dato de la acreditación de la persona receptora de la notificación puede aportarse a las actuaciones administrativas mediante la pertinente certificación, no lo es menos que en el caso examinado ello no ha sucedido.

Pese a todo, no obstante esta regla de ineficacia de la notificación defectuosa, contiene la Ley (art. 79.3 y 4 LPA) dos supuestos en los que declara subsanado el defecto padecido en el trámite administrativo de las notificaciones; cuando el interesado haga manifestación expresa de darse por notificado o interponga el recurso pertinente, y cuando hubieren transcurrido seis meses desde la fecha de la

notificación defectuosa, siempre que contuviera el texto íntegro del acto y el interesado no hubiera hecho protesta formal.

Siendo así, no podría actuarse el Acuerdo de resolución del contrato hasta tanto no se realizara correctamente la notificación, subsanando el defecto que se advierte, o acreditando en su caso la identidad y condición de la persona receptora de la misma; sin perjuicio, no obstante, de que se diera algunos de los supuestos anteriormente señalados.

C O N C L U S I Ó N

Del examen del expediente se deduce, la existencia de causa suficiente para la resolución del contrato tal como se pretende por la Corporación, debiendo tenerse presente cuanto se advierte en el Fundamento III sobre deficiencias subsanables en la tramitación del expediente.