



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 8 7 / 1 9 9 7

La Laguna, a 2 de octubre 1997.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la Resolución del Contrato adjudicado a la empresa C.P., M.F., S.L. para la construcción de un centro infantil y Primaria en Las Ramblas de Jinámar (Las Palmas de Gran Canaria) (EXP. 77/1997 CA)*.

F U N D A M E N T O S

I

A solicitud preceptiva de la Presidencia del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias (CAC), se emite este Dictamen sobre la adecuación jurídica de una Propuesta de Resolución de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Administración autonómica, por la que se pretende resolver la contratación de un centro infantil y primario en la rambla de Jinámar, Gran Canaria, que fue adjudicado a la empresa C.P., M.F., S.L., formulada en el correspondiente procedimiento administrativo iniciado por Orden Departamental de 4 de marzo de 1997.

Todo ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.1 y 10.7 de la Ley del Consejo Consultivo (LCC) éste en relación con lo ordenado en el artículo 55.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), que dispone la preceptividad de Dictamen previo del Consejo Consultivo en casos como el que nos ocupa, siendo aplicable al respecto en cuanto que el mencionado artículo 10.7, LCC dispone que será preceptivo dicho Dictamen en cualquier otro asunto en que por precepto legal deba consultarse a este Organismo, habilitando así el mandato legal básico en el sentido indicado.

* **PONENTE:** Sr. Petrovelly Curbelo.

Precisamente, habiéndose adjudicado el contrato del que trae causa el presente procedimiento resolutorio el 16 de diciembre de 1996, resulta de aplicación al caso la LCAP y su Reglamento de desarrollo parcial, aprobado por el Real Decreto 390/1996, así como el Reglamento General de Contratación (RGC), en lo no derogado por los Actos normativos precedentemente señalados, siéndolo además de forma global y no sólo básica al no haberse dictado regulación autonómica de desarrollo de los preceptos básicos aplicables (cfr. disposiciones derogatoria única, apartado 1.b), y final primera, apartado 1, LCAP).

II

A los fines que nos interesan es preciso tener presente que, según los datos que figuran en el expediente que documenta el procedimiento tramitado, el contrato fue adjudicado en la fecha antes expresada por el procedimiento de urgencia, habiéndose constituido tanto inicialmente una garantía provisional, como posteriormente otra definitiva por la empresa primero licitadora y después adjudicataria (cfr. artículos 36.1 y 42.1 LCAP). Y que, según el artículo 54 LCAP, tal contrato se perfeccionó mediante su adjudicación por el órgano de contratación competente, no importa cual fuera el procedimiento o la forma de aquélla.

Además, la comprobación del replanteo, que supone el comienzo de la ejecución del contrato de obras (cfr. artículo 142 LCAP), tuvo lugar el 19-II-97, negándose ya entonces el contratista a firmar el Acta correspondiente, alegando que desconocía los términos del contrato, razón por la que, desde luego congruentemente con su anterior decisión, se negó a formalizar el contrato adjudicado y, se recuerda, perfeccionado. Motivo por el que, con fundamento en el artículo 55.3 LCAP. se entiende que en conexión con el artículo 112.d) *in fine*, de dicha Ley, la Administración decidió proceder a la resolución de dicho contrato.

En fin, conviene apuntar que, cuando el expediente de contratación sea declarado urgente, la LCAP dispone que la Administración podrá acordar el comienzo de la ejecución del contrato aunque éste no se haya formalizado, siempre que se hubiere constituido la garantía definitiva, debiendo ser el plazo de tal ejecución no superior a dos meses desde la fecha de la adjudicación, quedando el contrato resuelto de lo contrario (cfr. artículo 72.2.c) y d)). En este sentido, el artículo 112.e) LCAP previene que es causa de resolución del contrato el incumplimiento del plazo

señalado en el artículo 72.2.d), mientras que el 113.2 de la misma Ley insiste en que ese incumplimiento siempre genera el indicado efecto resolutorio.

III

1. La Administración actuante ha cumplido, por demás adecuadamente, los trámites previstos en el artículo 26 del Reglamento de desarrollo de la LCAP para el procedimiento de resolución de los contratos. Así, en particular consta la emisión de informe al respecto del Servicio Jurídico y la audiencia al interesado; pues, si bien no hay registro documental de su notificación, sí lo hay de las alegaciones sobre el asunto de la empresa adjudicataria y, por ende, contratista, solicitando en concreto la resolución de mutuo acuerdo, sin imposición de penalidades y devolución de la garantía definitiva constituida.

No obstante, en este orden de cosas, se advierte que, si bien es correcto eliminar de la parte dispositiva de la Resolución del procedimiento la referencia a su remisión para Dictamen del Consejo Consultivo, como figuraba en una original Propuesta de Orden del Director General de Infraestructura Educativa al Consejero de Educación, la Resolución debe tener forma de Orden cuando el órgano competente para resolver el contrato, que lo es el de contratación, es el Consejero titular del Departamento administrativo afectado (cfr. artículos 37 y 42, Ley autonómica 1/1983 y 113.1 LCAP). Por eso, es el Proyecto correspondiente el que debe ser sometido a la opinión de este Organismo por el órgano instructor, incluyendo un Resuelvo con una o varias determinaciones, pero no una Propuesta.

2. Según se ha dicho precedentemente, la Administración funda la procedencia de la resolución proyectada en la causa contemplada en los artículos 55.3 y 112.e) LCAP, actuando como le permite el primero de esos preceptos y el del artículo 113.2, segundo párrafo, de esa Ley en función de que la no formalización del contrato en plazo es imputable al contratista. Es más, en estas circunstancias, la norma aplicable dispone la procedencia de la incautación de la garantía provisional y la de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, cosas ambas que se incluyen en la Propuesta resolutoria.

Desde luego, la ordenación contractual permite, dado el carácter urgente de la adjudicación, que la ejecución del contrato, perfeccionado con aquélla, se inicie

antes de la formalización cuando se hubiere constituido la garantía definitiva. Como esa constitución fue efectuada ciertamente por el adjudicatario- contratista, es procedente que se produjera la comprobación del replanteo, cuya acta supone tal inicio, sin haberse formalizado el contrato.

Por otro lado, pese a prepararse y disponerse el 26 de diciembre de 1996, la efectiva notificación de la adjudicación tuvo vía fax el 17 de enero de 1996. No obstante, es lo cierto que, pese a la irregularidad que hubiese podido cometer la Administración respecto a la remisión de la notificación y su práctica, el interesado con sus actuaciones posteriores demuestra que conocía la adjudicación y, por tanto, ello da efecto a dicha notificación (cfr. artículos 58 y 59 Ley 30/1992)

En consecuencia, habiéndose constituido la garantía definitiva el 3 de febrero de 1997, se ha cumplido el plazo legalmente prevenido al efecto (cfr. artículo 42.1 LCAP). Otra cosa es que pueda afirmarse que, venciendo el plazo de formalización del contrato el 22 de febrero de 1997 (cfr. artículo 55.1 LCAP), se hubiera requerido al contratista para proceder a la misma dentro de tal plazo, habida cuenta que, partiendo de que ello ha ocurrido después de levantarse Acta de comprobación de replanteo el 19 de febrero de 1997, como se afirma en la Propuesta de Resolución, no consta en el expediente documento que constate o confirme que fuese antes de la mencionada fecha de 22 de febrero de 1997.

En todo caso, suponiendo que la Administración hubiera requerido al contratista después del 22 de febrero de 1997 para formalizar el contrato, lo que constituye una causa de resolución del mismo y un derecho del contratista a resolver, el hecho es que no ha sido ejercido tal derecho, sino que aquel pretende en cambio la resolución por mutuo acuerdo. Lo que pudiera hacer pensar que, en realidad, el requerimiento en cuestión fue producido antes de la fecha antedicha, aunque ello no venga documentalmente probado.

3. Desde luego, el contratista se niega a formalizar por razones no admisibles. Como tampoco lo son las que esgrime para no firmar el acta de comprobación del replanteo. Por eso, en este punto es plenamente ajustada la postura de la Administración plasmada en la Propuesta proyectada, siendo ajustados a Derecho los motivos por los que rechaza los argumentos del contratista para tratar de justificar su actuación en la comprobación del replanteo, a la que asistió, o al ser requerido para formalizar el contrato, antes o después del 22 de febrero de 1997; siquiera

fuese porque sus propios actos contractuales le inhabilitan para adoptar una postura negativa posterior como la que tomó.

Lógicamente, en estas condiciones no procede acceder tampoco a la solicitud del contratista de resolver el contrato por mutuo acuerdo, impidiéndolo el precepto del artículo 113.4 LCAP. Sin embargo, la dificultad para aplicar la causa del artículo 55.3 de esa Ley es el ya advertido en el Punto precedente; es decir, que, aunque pudiera sospecharse de la actuación del contratista que el requerimiento de formalización se efectuó en plazo, no hay constatación documental disponible de ello. Y este precepto prevé la resolución cuando la no formalización en plazo sea culpa del contratista, de modo que, aun cuando le sea imputable aquélla, puede no poderse resolver por esta vía si el requerimiento se hizo a destiempo o no se demuestra que se produjo el plazo.

El problema no es, por consiguiente, que el contratista pueda negarse a formalizar el contrato, que no puede y, por ello, aquél puede resolverse por la Administración, sino que puede no ser aplicable el artículo 55.3 LCAP, con lo que esto comporta.

Y lo que comporta son determinados efectos económicos, previstos en el propio artículo 55.3, al que se refiere, específicamente, el artículo 114.1 LCAP. Esto es, la posibilidad de que se le incaute la garantía provisional, en realidad la parte correspondiente a ella de la garantía definitiva ya consignada y, además, se le exija indemnización por los daños y perjuicios causados a la Administración, deducibles asimismo de la garantía definitiva o, de exceder lo que resta de ésta, en adición por la cantidad que corresponda.

4. Pese a lo expuesto y según se apuntó anteriormente, no cabe duda de que, habiéndose perfeccionado el contrato por su adjudicación, el mismo generaba obligaciones para el contratista, aún sin estar formalizado, dimanantes de los documentos contractuales que han de acompañar tal adjudicación. Por eso, el contratista no está facultado jurídicamente para desconocer u obviar esas obligaciones y mucho menos por los motivos por él aducidos para hacerlo, negándose indebidamente a ejecutar el contrato primero y a formalizarlo después.

En este sentido, como ya hemos dicho, el contrato puede ser resuelto por la Administración (cfr. artículo 112.e) o g) LCAP), siendo causa de ello el incumplimiento culpable del contratista y, por ende, siendo aplicable el artículo 114.3 LCAP; esto es, que la resolución conlleva la incautación de la fianza definitiva y la exigencia de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan de aquélla.

5. En cualquier caso, como ya se advirtió al final del Fundamento II, la regulación contractual de aplicación dispone que el contrato, perfeccionado y garantizado, se resuelve sin más y siempre por incumplimiento del plazo del artículo 72.2.d) LCAP. Y es el caso que en este supuesto se ha superado, aunque fuese mínimamente, el plazo de dos meses entre el inicio de la ejecución del contrato y su adjudicación, habida cuenta de que, comenzando aquella con la comprobación del replanteo, el acta de ésta se levantó el 19 de febrero de 1997 y el contrato se adjudicó el 16 de diciembre de 1996.

Es más, esta causa de resolución, al tener operatividad automática de cumplirse su presupuesto, es indisponible por las partes y únicamente podría entenderse no aplicable, al no haber transcurrido el plazo de dos meses del que se trata, si se considerara que el comienzo de aquél no es el día de adjudicación, sino el de su notificación, o bien, si se estimara que la notificación de la comprobación del replanteo viene a ser el inicio de la ejecución del contrato.

Pero ambas posibilidades son muy cuestionables porque parecen contradecir directamente la literalidad de los preceptos aplicables (cfr. artículo 72.2.d) y 142 LCAP) y sólo una lectura forzada o errónea de ellos las haría viables. Como también lo sería entender que el incumplimiento del plazo sólo es relevante cuando es culpa del contratista, porque es obvio que es la Administración la que fija, con la determinación del día de la comprobación del replanteo, el inicio de la ejecución del contrato.

Por consiguiente, únicamente podría eludirse la procedencia de esta causa de resolución si la Administración contratante demostrara que el incumplimiento en cuestión ha sido accesorio por razones de interés público o inevitable por causas ajenas al órgano de contratación.

CONCLUSIONES

1. Según se razona en el Fundamento III, existe la causa de resolución del contrato que ha originado causa el presente procedimiento resolutorio, tramitado de manera formalmente ajustada a Derecho.

2. Por el motivo señalado en el Punto 3 del Fundamento III, es dudosa la aplicación de la causa resolutoria del artículo 55.3 LCAP, salvo demostración bastante de que se requirió al contratista para formalizar el contrato antes del vencimiento del plazo legal previsto al efecto.

3. Como se expone en el Punto 4, Fundamento III, en todo caso cabría resolver el contrato por incumplimiento del contratista de las obligaciones inherentes a un contrato perfeccionado por su adjudicación, con aplicación del artículo 114.3 LCAP.

4. Sin embargo, parece haberse incumplido el plazo previsto en el artículo 72.2.d) LCAP, por lo que, siempre que no se justifique suficientemente por la Administración la necesidad de ello o la imposibilidad de evitarlo, el contrato ha de entenderse resuelto por esta causa sin más e *ipso facto*.