

Dictamen n^o: **72/12**
Consulta: **Alcalde de Sevilla la Nueva**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **08.02.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por cinco votos a favor y cuatro votos en contra, en su sesión de 8 de febrero de 2012, sobre consulta formulada por el Alcalde de Sevilla la Nueva, al amparo del artículo 13.1 f), apartado cuarto, de su Ley reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, sobre resolución del contrato para la ejecución de la obra “*Ejecución de obra de urbanización de la unidad de ejecución UE.I-1*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- En fecha 11 de enero de 2012 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid petición de dictamen formulada por el Alcalde Sevilla la Nueva, a través del Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deportes y portavoz del Gobierno, en relación al expediente de resolución del contrato de redacción del proyecto de urbanización y posterior ejecución de las obras de la unidad de ejecución numero I-1 de dicha localidad, adjudicado mediante acuerdo del pleno de la corporación de 8 de julio de 2008.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección III, cuyo presidente, el Sr. D. Javier María Casas Estévez, firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 8 de febrero de 2012, por cinco votos a favor y los votos en contra de los Consejeros,

Sras. Laina y Campos y Sres. De la Oliva y Galera, que hacen expresa reserva de formular votos particulares en el plazo reglamentariamente establecido.

Los hechos deducidos del expediente administrativo son los siguientes:

Con fecha 3 de diciembre de 2007 se inició, por el órgano de contratación del Ayuntamiento de Sevilla la Nueva, expediente de contratación para la redacción del proyecto de urbanización y ejecución de las “*Obras urbanización de la Unidad N^o I-1*”, procediéndose a la exposición pública de la licitación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (17 de diciembre de 2007) para la admisión de proposiciones.

En sesión extraordinaria del Pleno de la Corporación, celebrada el día 8 de julio de 2008, se adjudicaron a la UTE, conformada por las empresas A y B los siguientes contratos:

1^o) El contrato de redacción del proyecto de urbanización de la Unidad de Ejecución N^o I-1 por el precio de 51.757,77 euros (IVA incluido).

2^o) El contrato de ejecución de la obra de urbanización de la Unidad de Ejecución N^o I-1 por el precio de 1.807.850,14 euros (IVA incluido).

Dicha adjudicación fue notificada al contratista el 11 de julio de 2008 por fax y el 14 de julio de 2008 por correo postal.

En fecha 5 de agosto de 2008, la U.T.E., presentó escrito por el cual retiraba la proposición realizada, “*por haber sido realizada la adjudicación fuera del plazo establecido en el pliego de condiciones del concurso en cuestión, así como el previsto en la legislación aplicable, y en consecuencia se proceda a la devolución de los correspondientes avales depositados por un importe conjunto de 45.930,18 euros en garantía provisional para poder tomar parte en el concurso como licitadores*”.

En informe solicitado a la Secretaría se declara que:

“Que es cierto que entre la fecha de apertura de proposiciones y la fecha de adjudicación como señala la empresa, transcurren mas de los tres meses, que en el artículo 89.1 del TRLCAP, se señalan como plazo máximo para realizar la adjudicación, y que ello da derecho al licitador a desligarse de su proposición, y a que se le devuelva o cancele la garantía que hubiesen presentado como se establece en el apartado segundo. Pero para ello hay que considerar si el momento en que el contratista plantea la retirada de su proposición, puede hacerse dicha renuncia, ya que la empresa licitadora, en este caso presenta el escrito de retirada de proposiciones cuando se le notifica que es adjudicatario definitivo, y se le requiere para que pase a formalizar el contrato y constituir la garantía definitiva en el plazo de un mes, por tanto y desde ese momento, se encuentra ya obligado por su propuesta, al entenderse que el contrato ha quedado ya perfeccionado y produce todos sus efectos.

El artículo 54 del TRLCAP, establece que: <<el contrato se perfecciona mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente>>, en este caso el día 8 de julio , y desde que el contratista recibe la notificación el día 14 de julio, produce sus efectos independientemente de que se halla o no formalizado el contrato y por tanto al no haber mediado antes de la adjudicación renuncia alguna, el contratista queda obligado por la proposición que presentó, luego ya no está justificada la retirada de su oferta, como luego hace a través del escrito presentado el día 7 de agosto”.

Mediante providencia de fecha 22 de agosto de 2008, se inició un primer expediente de resolución de contrato con incautación de la garantía provisional fundado en la falta de formalización del contrato y de prestación de la garantía definitiva, y se acordó dar audiencia a los

contratistas y avalistas o aseguradores. La providencia fue notificada el 1 y 2 de septiembre de 2008, respectivamente.

El 16 de septiembre de 2008, fue presentado por la UTE escrito en el que declaraba: *“Que sin renunciar a los derechos que nos asisten de retirarnos justificadamente del recurso con base a las alegaciones vertidas en nuestro escrito de 5 de agosto, y estando en conversaciones con ese Ayuntamiento y las mercantiles que a continuación se relacionan en cuanto a asegurar la forma de pago de las obras, es interés de esta parte suscribir el documento de adjudicación, siempre y cuando se incluya en el mismo, que en relación a la materialización del pago (en cuanto a cobro de las cantidades que por esas mercantiles se vayan devengando por razón de este contrato) lo que a continuación se transcribe, que no supone alteración alguna de las condiciones del pliego del concurso, sino una renuncia por parte de la UTE a la tutela de la administración actuando:*

El sistema de pago respecto del proyecto de urbanización; partidas de obra ejecutadas; y cualquier otro concepto, que tengan que hacer frente las mercantiles C, D y E, titulares de suelo en la indicada Unidad de Ejecución por razón de este contrato, se realizará directamente a la UTE, en los plazos establecidos en el pliego, por pago directo, con renuncia expresa de la UTE a la tutela de la administración actuante en cuanto al cobro de las indicadas cantidades”.

Finalmente, el 2 de octubre de 2008, se dictó por el Alcalde del municipio propuesta definitiva de redacción de la cláusula de contrato, en la siguiente forma:

“Dado que el coste del presente contrato se financiará con los abonos que los propietarios de los terrenos de la Unidad de Ejecución nº I-1, que se lleva a cabo por el sistema de cooperación, han de realizar al Ayuntamiento de Sevilla la Nueva, los ingresos que estos efectúen con tal

fin serán ingresados en cuenta restringida de titularidad municipal, que tendrá como único destino el abono de los gastos derivados del presente contrato. No obstante, cada pago que corresponda efectuar por las mercantiles C, D, y E como propietarios de terrenos en la referida unidad por los conceptos de proyecto de urbanización, partidas de obra ejecutadas y cualquier otro concepto derivado de los trabajos realizados en ejecución del presente contrato, se efectuarán en acto único, con asistencia de los representantes de las citadas sociedades y de las partes que suscriben el presente contrato, donde se producirá ingreso en Caja de la Corporación por parte de los propietarios de los terrenos y abono de la Caja de la Corporación a la UTE adjudicataria del contrato, conforme a las facturas de certificación de obra aprobadas.

Los referidos ingresos y abonos a través de la Caja de Corporación podrán efectuarse mediante cheque nominativo, bancario o conformado, emitido a favor del Ayuntamiento de Sevilla la Nueva, que procederá en el acto a su endoso a favor de la UTE adjudicataria. Dicho endoso se efectuará sometido a la cláusula de que el endosante no garantizará el pago frente a tenedores posteriores, prohibiéndose nuevos endosos de dichos cheques, conforme a lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley 19/85 Cambiaria y del Cheque. El acto único de recepción del cheque por parte del Ayuntamiento de Sevilla la Nueva de las mercantiles C, D, y E, y simultáneo, endoso y entrega a la adjudicataria, tendrá carácter liberalizador de todas las deudas efectuadas por el acto”.

No consta que esta conformidad del Ayuntamiento de Sevilla la Nueva a la modificación de las condiciones del contrato sobre el pago se notificase a la adjudicataria.

Consta en el expediente que el 13 de marzo de 2009 la empresa B, una de las integrantes de la U.T.E. adjudicataria, había sido declarada en concurso de acreedores.

El 10 de noviembre de 2009 dicho expediente fue remitido a este Consejo, el cual, mediante acuerdo de 16 de diciembre de 2009 resolvió la devolución del expediente por haber quedado sin efecto el procedimiento de resolución contractual al existir conformidad de las partes en la formalización del contrato, tal y como se ponía de manifiesto en la propuesta de modificación contractual de 16 de septiembre de 2008 formulada por la contratista y en la aceptación de la misma por el Ayuntamiento de 2 de octubre de 2008. Lo que no se incluyó en el expediente remitido a este órgano consultivo fue la situación de una de las empresas integrantes de la U.T.E. en concurso de acreedores con anterioridad a la consulta, lo que hacía inviable ya el 16 de diciembre de 2009 la formalización del contrato.

El Alcalde del Ayuntamiento de Sevilla la Nueva, mediante providencia de 18 de enero de 2010 acordó, a la vista del acuerdo emitido por este órgano consultivo, archivar el procedimiento de resolución contractual, lo que se notificó al contratista.

El 30 de noviembre de 2010 la UTE adjudicataria fue requerida de nuevo (previamente lo fue el 11 y 14 de julio de 2008) para la formalización del contrato y la constitución de garantía definitiva. Este requerimiento pone de manifiesto que, pese a la voluntad de formalizar el contrato manifestada por la U.T.E. en su escrito de 16 de septiembre de 2008 dicha formalización no se produjo.

El 12 de enero de 2011 se requirió una vez más a la adjudicataria para formalizar el contrato.

El contratista mediante escrito de 3 de febrero de 2011 formuló alegaciones ante el Ayuntamiento, argumentando la imposibilidad de formalizar el contrato por haber sido declarada la empresa B en concurso de acreedores el 13 de marzo de 2009 y por haber transcurrido más de tres

años desde el anuncio de la licitación hasta el requerimiento de formalización del contrato, atribuyendo la responsabilidad de la falta de formalización al Ayuntamiento, por lo que solicita la resolución del contrato con devolución de la garantía y el abono de 120.145,67 euros, en concepto de beneficio industrial del proyecto adjudicado (78.579,40 euros) y honorarios de la redacción del proyecto (41.566,27 euros).

Con fecha 10 de febrero de 2011, se inició el segundo procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista por causa de no formalización del contrato, constando la notificación a los integrantes de la UTE.

En fecha 2 de marzo de 2011, la representación de B, presentó escrito de alegaciones en el que se reiteraba en escritos anteriores, declarando que no podía formalizar el contrato por estar incurso en procedimiento concursal, el cual no consta que haya sido declarado culpable hasta la fecha, y que la demora en la formalización se debió también a la propia Administración.

La representación de F presentó el 3 de marzo de 2011 escrito en el que alegaba que no era posible ejecutar la garantía depositada y se adhería a las alegaciones de B.

En el caso de A, presentó escrito el 3 de marzo de 2011, en el que ofrecía la retirada de la reclamación formulada por la mercantil B en nombre de la UTE si se acuerda la no incautación de la garantía depositada.

Consta en el expediente informe de Secretaría, de fecha 11 de marzo de 2011, en el que refiere proceder su remisión al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

El 1 de abril de 2011 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo la solicitud de dictamen y mediante Acuerdo del Presidente del Consejo, de 5 de mayo, se solicitó la remisión del expediente de contratación, a los efectos de poder emitir dictamen, advirtiendo al Ayuntamiento la posibilidad de suspender el procedimiento para evitar su caducidad.

El 8 de junio de 2011 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo el complemento del expediente solicitado. Este órgano consultivo emitió dictamen 350/11, de 29 de junio en el que concluía que el expediente había caducado.

El 19 de julio de 2011 por resolución de Alcaldía se declaró la caducidad del expediente de resolución así como la procedencia de su archivo, lo que fue notificado a todos los interesados en el expediente, según consta en la documentación remitida a este órgano consultivo.

Mediante providencia de Alcaldía de 9 de septiembre de 2011 se incoa el tercer expediente de resolución por no formalización del contrato dentro del plazo indicado al efecto en la cláusula 40ª del PCAP y por la declaración de concurso o insolvencia de una de las empresas integrantes de la UTE, de conformidad con los artículos 206.b) y 208.4 de la LCAP.

Esta providencia fue notificada a las dos empresas integrantes de la UTE adjudicataria así como a la entidad avalista.

El 19 de septiembre de 2011 se solicitó por mandatario verbal de B tomar vista del expediente y obtener copia de los documentos de su interés.

El 23 de septiembre el representante de B presentó alegaciones en las que argumentaba:

- Que el expediente de resolución carecía del preceptivo informe jurídico previo a la incoación.

- Que la falta de formalización de contrato en plazo es imputable a los retrasos por parte del Ayuntamiento “al tardar, sin motivo justificado, más de dos años (de 2 de octubre de 2008 a 30 de enero de 2010 y 12 de enero de 2011) en requerir a la adjudicataria la formalización del contrato”.

- Que la aceptación en la modificación de la forma de pago nunca se comunicó a la UTE, sino que tuvo conocimiento de la misma al acceder al primer expediente de resolución en el trámite de vista del mismo, llegando a afirmar que “mi representada hubiese formalizado el contrato de obra en el mes de octubre de 2008 si el Ayuntamiento le hubiese notificado la citada propuesta definitiva y le hubiese requerido para ello”.

- Que el 3 de febrero de 2011 la contratista solicitó la resolución del contrato, precisamente por retraso por parte del Ayuntamiento en la formalización del contrato sin que el Ayuntamiento se haya pronunciado sobre esta solicitud, la cual reitera mediante este escrito de alegaciones solicitando en concepto de daños y perjuicios la cantidad de 132.862,43 euros, que desglosa: 78.579, 40 euros en concepto de beneficio industrial más 41.566, 27 euros en concepto de honorarios de redacción del proyecto más los intereses legales que cuantifican en 5.560 euros respecto de los honorarios de redacción del proyecto y 7.156,11 euros respecto del beneficio industrial. También solicita la devolución el aval.

El 23 de septiembre de 2011 también formula alegaciones A argumentando:

- Que el retraso en la formalización del contrato es imputable al Ayuntamiento por haber tardado más de dos años y medio desde la fecha de adjudicación en requerir la formalización.

- Que durante este tiempo la otra empresa integrante de la UTE ha incurrido en concurso de acreedores lo que determina la imposibilidad sobrevenida de formalizar el contrato.

- Que el incumplimiento de los plazos de formalización por el Ayuntamiento es causa de resolución del contrato así como de indemnización al contratista en aplicación de los artículos 54 LCAP y 140 LCSP. Cuantifica la indemnización en 120.145,67 euros, que desglosa: 78.579, 40 en concepto de beneficio industrial y 41.566,27 en concepto de honorarios de redacción del proyecto.

- Que sin perjuicio de lo anterior está dispuesta a renunciar a la indemnización siempre que se devuelva la garantía constituida. También solicita la resolución del contrato.

El 28 de septiembre de 2011 la entidad avalista, F formula alegaciones en las que argumenta:

- Que se adhiere a las alegaciones presentadas por B.
- Que no procede la incautación de la garantía provisional por no concurrir ninguna de las dos causas de resolución invocadas en la incoación del expediente.
- Que la falta de formalización del contrato en plazo ha sido debida a incumplimientos continuados por parte del Ayuntamiento.
- Que de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la declaración de concurso no es causa de resolución contractual.

El 7 de octubre de 2011 se emitió por el letrado consistorial informe jurídico comprensivo de propuesta de resolución en el que expone:

- Que no son admisibles las alegaciones relativas a responsabilidad el Ayuntamiento puesto que este aceptó expresamente la propuesta de modificación contractual relativa a la forma de pago “y así se puso de manifiesto a la adjudicataria”.

- Que no cabe alegar la existencia de daños por las entidades integrantes de la UTE adjudicataria puesto que ya en 2008 estaban dispuestas a renunciar al contrato. Añade que “por si fuera poco otro miembro de la UTE reconoce la inexistencia de responsabilidad si el Ayuntamiento no incauta la garantía depositada”.

- Que si bien la imposibilidad de formalizar el contrato después de la declaración de concurso de una de las empresas de la UTE es de carácter objetivo y no culpable sí existió “una oposición injustificada, al menos en el primer requerimiento, para la formalización del contrato”.

Concluye que procede la resolución del contrato por la falta de formalización del mismo imputable al contratista y declarar la responsabilidad de las adjudicatarias por los daños y perjuicios ocasionados por la demora en la ejecución de las obras. Fija la indemnización en 45.932 euros e indica que procede la incautación de la garantía constituida.

Este informe no se pronuncia en ningún momento sobre la declaración concursal de una de las integrantes de la UTE adjudicataria como causa de resolución del contrato.

El 13 de octubre de 2011 mediante providencia de Alcaldía se acuerda solicitar dictamen al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, suspender el plazo para resolver y notificar el procedimiento de resolución por un plazo máximo de tres meses a los efectos de la emisión de este dictamen, en aplicación del artículo 45.2.c) LRJ-PAC. También acuerda *“que una vez evacuado el dictamen se remita a Secretaría para la emisión del informe-propuesta correspondiente”*. Se han incorporado al expediente los oficios de notificación emitidos por el secretario municipal, pero no los acuses de recibo de dichas notificaciones.

El 13 de octubre emitió también su informe la vicesecretaria-interventora municipal que se limita a hacer un brevísimo relato de antecedentes de hecho sin contenido de control económico alguno.

El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid emitió el dictamen nº 692/11, de 7 de diciembre en el que concluía que la ausencia de informes del secretario municipal y del interventor constituía un vicio de nulidad por haberse prescindido del procedimiento legalmente establecido.

A la vista del dictamen el alcalde de Sevilla la Nueva resolvió el 19 de diciembre de 2011 retrotraer las actuaciones al momento de emisión de informe de la asesoría jurídica municipal, solicitar informes de la Secretaría y de la Intervención y dar cuenta a la alcaldía para resolver lo procedente.

El 20 de diciembre de 2011 la vicesecretaria-interventora emite informe de fiscalización de conformidad a la resolución del contrato y a la ejecución de la garantía provisional constituida.

También el 20 de diciembre de 2011 el secretario municipal emite informe en el que expresa que *“(...) procede la resolución del mismo [del contrato] por su falta de formalización imputable al contratista y declarar la responsabilidad de las adjudicatarias por los daños y perjuicios ocasionados por la demora en la ejecución de las obras, fijando la indemnización en 45.932 euros, procediendo la incautación de las garantías constituidas. Todo ello por concurrir causa de resolución establecida expresamente en el contrato, prevista en el artículo 206 de la LCSP (aplicable según la D.T. primera de la LCSP), todo ello en relación con las cláusulas 20ª, 21ª y 40ª del PCAP”*.

El 21 de diciembre se emite Providencia de Alcaldía por la que se acuerda solicitar nuevo dictamen al Consejo consultivo y suspender de nuevo el plazo para resolver y notificar la resolución del expediente, notificando esta suspensión a los interesados. Se han incorporado al

expediente los oficios de notificación emitidos por el secretario municipal, pero no los acuses de recibo de dichas notificaciones.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, conforme al cual: “1. *El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) 4.º Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas*”.

La solicitud de dictamen por el alcalde de Sevilla la Nueva se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deportes y portavoz del Gobierno, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.3 de la Ley 6/2007 (“*Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local*”), y del artículo 32.3 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

En relación con los expedientes de resolución de los contratos administrativos, artículo 195.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de

Contratos del Sector Público (LCSP) dispone que *“será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista”*.

SEGUNDA.- En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 195 de la LCSP, en conexión con el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP).

De la meritada normativa resulta, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que debe ser recabado con anterioridad a la adopción del acuerdo de resolución del contrato, la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (artículo 195.1 de la LCSP) y al avalista si, como en este caso, se propone la incautación de la garantía (artículo 109.1.b) del RGCAP). En el caso sometido a dictamen se ha cumplimentado correctamente este trámite puesto que tanto las dos empresas integrantes de la UTE adjudicataria así como la avalista han formulado alegaciones, según ha quedado consignado en los antecedentes de hecho del presente dictamen.

Asimismo, al amparo del artículo 109.c) del RGLCAP y del artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), se ha emitido informe del letrado consistorial de fecha 13 de octubre de 2011, e informes de la vicesecretaria-interventora y del secretario municipal, todos ellos favorables a la pretensión de la Administración de resolver el contrato por incumplimiento por parte del contratista de la formalización del contrato en plazo, con incautación de la garantía. Los referidos informes se han emitido con posterioridad al trámite de audiencia. No obstante, entiende este Consejo que dicha irregularidad

no es invalidante al no haberles generado indefensión, en tanto en cuanto el informe no aporta nada nuevo al expediente, limitándose a dar respaldo jurídico a la propuesta de la Administración.

Es preciso realizar una mención, siquiera sucinta al plazo para resolver. El expediente se inició de oficio en 9 de septiembre de 2011. El plazo se suspendió el 13 de octubre de 2011 por solicitud de dictamen a este órgano consultivo y se reanudó el 16 de diciembre de 2011 cuando el mentado dictamen se recibió en el Ayuntamiento, en dicha fecha había transcurrido un mes y cuatro días desde la incoación, por lo que restaban dos meses menos cuatro días. El 21 de diciembre de 2011 se suspendió nuevamente la tramitación por nueva solicitud de dictamen preceptivo al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid por lo que, habiendo transcurrido solo cinco días desde la reanudación del plazo, aún restan dos meses menos nueve días para resolver, estando en la actualidad el plazo suspendido, en aplicación del artículo 42.5 LRJ-PAC .

TERCERA.- Entrando ya en el fondo del asunto corresponde pronunciarnos sobre la procedencia o no de resolver el contrato. Pretende el Ayuntamiento la resolución del contrato por falta de formalización imputable al contratista invocando el artículo 206 LCSP y las cláusulas 20^a, 21^a y 40^o del PCAP.

Las empresas adjudicatarias y el avalista se oponen a la resolución indicando que la falta de formalización del contrato es imputable al Ayuntamiento ya que no requirió a las empresas para formalizar el contrato hasta el 30 de noviembre de 2010 pudiendo haberlo hecho a partir del 2 de octubre de 2008 y resultando que la formalización era inviable desde el 13 de marzo de 2009, momento en el que una de las empresas incurrió en concurso de acreedores. Al entender que la falta de formalización es imputable al Ayuntamiento ambas empresas han solicitado la resolución

del contrato por esta causa y han solicitado indemnización de daños y perjuicios en aplicación del artículo 140.3 LCSP.

Es preciso indicar, en primer lugar que, contrariamente a lo señalado por las empresas integrantes de la U.T.E., el Ayuntamiento sí requirió para la formalización antes del 30 de noviembre de 2010, concretamente lo hizo el 11 y 14 de julio de 2008, ya que no es a partir del 2 de octubre cuando pudo haberlo hecho sino a partir del 8 de julio de 2008, fecha de adjudicación del contrato, ya que en el caso sometido a dictamen el plazo para formalizar el contrato viene establecido por la cláusula 20ª del PCAP, que establece: *“El adjudicatario queda obligado a suscribir, dentro del plazo máximo de treinta días naturales a contar desde la fecha de adjudicación, el correspondiente documento administrativo de formalización del contrato, que deberá contener los requisitos exigidos en las normas reglamentarias vigentes”*.

Como ha quedado expuesto en los antecedentes, la adjudicación se notificó a las empresas interesadas el 11 de julio de 2008 por fax y el 14 de julio de 2008 por correo postal, lo que significa que la formalización se debió haber verificado el 13 de agosto de 2008 como última fecha posible.

En vez de ello, las empresas presentaron un escrito el 5 de agosto de 2008, por el cual retiraban la proposición realizada, *“por haber sido realizada la adjudicación fuera del plazo establecido en el pliego de condiciones del concurso en cuestión, así como el previsto en la legislación aplicable, y en consecuencia se proceda a la devolución de los correspondientes avales depositados por un importe conjunto de 45.930,18 euros en garantía provisional para poder tomar parte en el concurso como licitadores”*.

El Ayuntamiento no aceptó esta pretensión por entender, de acuerdo con el artículo 54 TRLCAP, que el contrato se había perfeccionado con su adjudicación por lo que no era posible la retirada de la proposición.

Ante esta circunstancia las empresas integrantes de la U.T.E. adjudicataria solicitaron, ya fuera del plazo previsto en los pliegos para formalizar el contrato, el 16 de septiembre de 2008 una modificación en la forma de pago que fue aceptada por el Ayuntamiento el 2 de octubre de 2008.

Las empresas pretenden ahora que el plazo para proceder a la formalización del contrato se inició el 2 de octubre de 2008, fecha en la que el Ayuntamiento aceptó modificar las condiciones de pago previstas en los pliegos de contratación.

No procede un pronunciamiento de este cuerpo consultivo sobre la validez de esta modificación de los pliegos que, en definitiva, al suponer unas condiciones de contratación distintas a las establecidas en la convocatoria del procedimiento de contratación con los efectos que dicha circunstancia hubiera podido tener en la concurrencia de otras empresas y la presentación de otras ofertas.

En todo caso, lo que no cabe admitir es que una modificación en las condiciones de pago se haga extensiva a las cláusulas de los pliegos de contratación que regulan la formalización del contrato, es decir, la aceptación por parte del Ayuntamiento de la nueva forma de pago planteada por la U.T.E. no modifica el momento a partir del cual la empresa debía formalizar el contrato ni impone al Ayuntamiento la obligación de requerir a la empresa para la formalización ya que ambas cuestiones afectan a otras cláusulas del pliego que no han sido objeto de modificación alguna, así la cláusula 20ª del PCAP establece que *“El adjudicatario queda obligado a suscribir, dentro del plazo máximo de*

treinta días naturales a contar desde la fecha de adjudicación, el correspondiente documento administrativo de formalización del contrato, que deberá contener los requisitos exigidos en las normas reglamentarias vigentes”.

En esta cláusula queda claro que el *dies a quo* para el cómputo del plazo para formalizar el contrato es la fecha de la adjudicación, que tuvo lugar el 8 de julio de 2008 y cuya notificación se efectuó el 11 de julio de 2008.

En la citada cláusula también queda claro que la U.T.E. disponía de un plazo de 30 días para formalizar el contrato desde la fecha de la adjudicación sin que fuera exigible para ello un requerimiento del Ayuntamiento de Sevilla la Nueva.

En definitiva, los hechos ponen de manifiesto que, después de transcurridos 30 días desde la adjudicación, la U.T.E. adjudicataria no había procedido a la formalización del contrato.

La argumentación expuesta por una de las empresas integrantes de la U.T.E. relativa a que la falta de formalización del contrato es imputable al Ayuntamiento porque la aceptación en la modificación de la forma de pago nunca se comunicó a la U.T.E., sino que tuvo conocimiento de la misma al acceder al primer expediente de resolución en el trámite de vista del mismo, llegando a afirmar que *“mi representada hubiese formalizado el contrato de obra en el mes de octubre de 2008 si el Ayuntamiento le hubiese notificado la citada propuesta definitiva y le hubiese requerido para ello”* no puede ser aceptada por este Consejo Consultivo por dos motivos:

1º El Ayuntamiento no estaba obligado a aceptar la condición de la modificación de la forma de pago planteada por la U.T.E., por lo que todo lo relativo a la formalización del contrato ha de considerarse de forma independiente de dicha condición.

2º La falta de comunicación de la aceptación de la condición hubiera podido ser interpretada como una desestimación presunta por silencio, permaneciendo inalterada la obligación de formalizar el contrato en el plazo de 30 días desde la adjudicación.

También se argumenta, para hacer recaer la responsabilidad de la falta de formalización sobre el Ayuntamiento, que transcurrieron más de tres años desde el anuncio de la licitación hasta el requerimiento de formalización del contrato, atribuyendo la responsabilidad de la falta de formalización al Ayuntamiento.

Esta argumentación muestra la voluntad de hacer aparecer una pasividad por parte del Ayuntamiento mucho mayor de la que realmente existió. En primer lugar, tomar como inició de los supuestos tres años, el anuncio de licitación no tiene sentido alguno, pues no es hasta la adjudicación cuando procede iniciar el plazo para la formalización. La adjudicación se produjo el 8 de julio de 2008 y la notificación de la adjudicación, incluyendo el requerimiento para formalizar, el 11 de julio, es decir tres días y no tres años. Incluso si tomásemos como primer requerimiento el realizado el 30 de noviembre de 2010 el tiempo transcurrido desde la adjudicación hubiera sido de dos años y cinco meses, tiempo durante el cual el Ayuntamiento no estuvo totalmente inactivo sino que el 22 de agosto de 2008 inició el primer expediente de resolución del contrato, lo que se notificó a la U.T.E. el 1 de septiembre de 2008, y ésta podría haber procedido a la formalización del contrato habida cuenta de que ésta era una de las causas de resolución invocadas. En vez de ello, el 16 de septiembre de 2008 la empresa manifiesta su voluntad de formalizar el contrato pero sujeta a la condición de modificar las condiciones de pago, lo que fue aceptado por el Ayuntamiento el 2 de octubre de 2008.

Ciertamente, no consta en el expediente ninguna actuación por parte del Ayuntamiento dirigida a la adjudicataria desde el 2 de octubre de 2008

hasta el 30 de noviembre de 2010, lo que muestra pasividad del Ayuntamiento en estos dos años pero dicha pasividad no altera la obligación contractual de formalizar el contrato que surgió con la adjudicación y no con la modificación contractual.

Tampoco cabe considerar que la falta de actuación del Ayuntamiento, por censurable que sea, suponga un incumplimiento recíproco de las obligaciones contractuales, que es lo que viene a alegar la adjudicataria al afirmar al señalar que la causa de no formalización del contrato por el contratista es que no se le notificó la aceptación de la modificación de las condiciones de pago por el Ayuntamiento. No hay incumplimiento porque no había obligación contractual del Ayuntamiento de aceptar dicha condición y, por lo tanto, tampoco de comunicar su aceptación pero es que, además, la adjudicataria, al someter su voluntad de formalizar el contrato al cumplimiento de una condición extraña al mismo, lo que hace implícitamente es manifestar su voluntad de no formalizar si no se cumplía la condición, es decir, de incumplir el contrato.

El artículo 208 en sus apartados 4 y 5 de la redacción original, aplicable al contrato sometido a dictamen, dispone:

“4. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará 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.

5. en todo caso el acuerdo de resolución contendrá un pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Solo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por

concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable”.

En interpretación de este precepto, el Consejo de Estado ha considerado, por ejemplo en el dictamen 408/2010, de 25 de marzo, que la incautación de la garantía ha de limitarse al resarcimiento de daños y perjuicios así en el dictamen citado expresa: *“Nada que objetar a la pérdida de garantía constituida, en el bien entendido de que esa pérdida ha de referirse al resarcimiento de los eventuales perjuicios que se hubieran causado a la Administración”.*

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consell Jurídic Consultiu de la Comunidad Valenciana en su dictamen 847/2010: *“(…) atendiendo a la doctrina expuesta y que, en principio, de la documentación remitida no cabría hablar de incumplimiento culpable del contratista –si bien sí de incumplimiento imputable al contratista– procederá la confiscación de la garantía para responder exclusivamente de los daños y perjuicios que pudieran acreditarse como padecidos por el Ayuntamiento de [...] hasta el día 2 de julio de 2010, fecha en la que el contratista presenta un escrito en el que comunica la imposibilidad de ejecución de la obra adjudicada”.*

Es preciso en este punto detenernos a considerar la naturaleza jurídica de la garantía provisional, que es la que el Ayuntamiento de Sevilla la Nueva propone incautar en el caso sometido a dictamen. La garantía provisional en la normativa aplicable al contrato, que es la LCSP en su redacción original, aseguraba el mantenimiento de las ofertas (artículo 91 LCSP) y la falta de formalización (artículo 140.3 LCSP). En definitiva, no se trata tanto de una incautación resarcitoria de daños sino más bien de una penalidad que impida la retirada de ofertas y la renuncia a contratos por parte de los adjudicatarios impunemente, actuación que resultaría lesiva para el interés público ya que permitiría al contratista decidir, sin

consecuencia negativa alguna, retirar sus ofertas o no formalizar los contratos una vez adjudicados.

Cabe, por lo tanto, considerar que concurre la causa de resolución invocada por al Ayuntamiento y que, en su virtud procede la aplicación de la cláusula 21^a del PCAP, que dispone: *“Cuando por causas imputables al contratista no pudiere formalizarse el contrato dentro del plazo señalado, se resolverá el mismo, siendo trámite necesario la audiencia del interesado, con pérdida de la fianza e indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, pudiéndose adjudicar al licitador o licitadores siguientes a aquel, por orden de sus ofertas, contando con la conformidad del nuevo adjudicatario”*.

Del mismo modo procede la aplicación de la cláusula 40^a: *“Se producirá resolución si no se formaliza el contrato en plazo por causas imputables al contratista, previa audiencia del interesado y, en caso de disconformidad de este, previo informe del órgano consultivo competente. En tal caso, se procederá a la incautación de la garantía provisional ya a la indemnización por los daños y perjuicios causados”*.

El artículo 140.3 LCSP, por su parte, dispone: *“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, 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”*.

A la vista de este precepto solo cabe considerar que procede tanto la resolución del contrato como la incautación de la garantía dado que la U.T.E. adjudicataria no procedió a la formalización del contrato dentro del plazo de 30 días desde la adjudicación del contrato, tal y como dispone la

cláusula 20ª del mismo, la cual no fue objeto de modificación alguna en ningún momento.

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Concurre la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 206 LCSP consistente en falta de formalización del contrato dentro del plazo establecido en la cláusula 20ª del PCAP por causa imputable al contratista por lo que procede la resolución del contrato así como la incautación de la garantía provisional constituida, en virtud de lo dispuesto en el artículo 140.3 LCSP y en las cláusulas 21ª y 40ª del PCAP.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA AL PRESENTE
DICTAMEN EL CONSEJERO, SR. DE LA OLIVA, Y AL QUE
SE ADHIEREN LOS CONSEJEROS, SRAS. LAINA Y CAMPOS
Y SR. GALERA.**

«Andrés de la Oliva Santos, Consejero electivo del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid, al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico de dicho Consejo, formulo voto particular discrepante respecto del dictamen relativo al expediente 2/12.

El eje en que se apoya la argumentación favorable a considerar que concurre causa de resolución del contrato administrativo concertado entre el Ayuntamiento de Sevilla la Nueva y la UTE formada por dos empresas

viene a ser el siguiente: los acontecimientos concernientes a la relación entre el Ayuntamiento consultante y la UTE tras el día 8 de julio de 2008 —fecha en la que el Ayuntamiento acordó la adjudicación a la UTE— son jurídicamente irrelevantes para dictaminar acerca de una propuesta de resolución contractual fundada en la falta de formalización del contrato por el contratista dentro de los 30 días posteriores a la adjudicación del contrato, plazo que tendría su *dies a quo* en la fecha citada. La resolución del contrato procede por esa causa, ya que la UTE no formalizó el contrato en ese plazo, sostiene el dictamen.

El Consejo Consultivo, por acuerdo de 16 de diciembre de 2009, resolvió la devolución de una anterior consulta del citado Ayuntamiento respecto del mismo contrato, por “haber quedado sin efecto el procedimiento de resolución contractual al existir conformidad de las partes en la formalización del contrato, tal y como se ponía de manifiesto en la propuesta de modificación contractual de 16 de septiembre de 2008 formulada por la contratista y en la aceptación de la misma por el Ayuntamiento de 2 de octubre de 2008”. Este acuerdo resulta contradicho por el dictamen del que discrepo en tanto que el dictamen no se funda en hechos posteriores a lo que en su día consideramos —de forma implícita, pero clara— una modificación contractual alcanzada por acuerdo de ambas partes. Cabría dentro de lo posible que la contradicción resultase obligada, pero, para ese supuesto, el dictamen debería haberla afrontado, con las consiguientes explicaciones.

A mi parecer, en el expediente abundan las alegaciones *pro domo sua* efectuadas por ambas partes y no necesariamente atendibles e incluso rechazables. Pero no me parece convincente sostener, en definitiva, que, a partir del 8 de julio de 2008, las relaciones entre Ayuntamiento y UTE son irrelevantes a los efectos de la resolución contractual propuesta. El dictamen del que discrepo separa radicalmente un acuerdo sobre forma de

pago, convenido el 2 de octubre de 2008, del resto de cláusulas o condiciones contractuales, como si la modificación de una cláusula de un contrato por mutuo acuerdo no pudiese suponer una modificación contractual relevante para lo que había de ser tomado en consideración al dictaminar ahora. Me parece que el sentido de nuestro acuerdo de 16 de diciembre de 2009 era entender que, por mutuo acuerdo, las partes habían modificado el contrato hasta el punto de carecer de sentido que un contrato anterior fuese resuelto por iniciativa de una sola de las partes. En todo caso, la dudosa legalidad de la modificación de una cláusula o condición el 2 de octubre de 2008 no la convierte en irrelevante a la hora de valorar si concurre la concreta causa de resolución invocada por el Ayuntamiento en el expediente objeto del dictamen del que aquí se discrepa.

Aduce el dictamen que el Ayuntamiento consultante no estaba obligado a aceptar la propuesta de la UTE de 16 de diciembre de 2008. Pero la innegable ausencia de obligación del Ayuntamiento respecto de la proposición de la UTE en cuanto a modificación de la forma de pago es una hipótesis contraria a lo realmente ocurrido y no considero convincente extraer de lo hipotético la irrelevancia de lo ocurrido. Resulta innecesario, a mi entender, enfatizar que la libertad de contratación no puede neutralizar cualquier eficacia de lo que se contrate libremente.

A mi entender, el requerimiento de formalización efectuado por el Ayuntamiento el 30 de noviembre de 2010 sería el relevante en coherencia con la actuación del Ayuntamiento. No se trata, pienso, de una reiteración del requerimiento de julio de 2008, máxime cuando, como recoge el dictamen, “el alcalde del Ayuntamiento de Sevilla la Nueva, mediante providencia de 18 de enero de 2010 acordó, a la vista del acuerdo emitido por este órgano consultivo, archivar el procedimiento de resolución contractual, lo que se notificó al contratista”.

Tampoco puedo estar en modo alguno conforme con las siguientes afirmaciones del dictamen: “Ciertamente, no consta en el expediente ninguna actuación por parte del Ayuntamiento dirigida a la adjudicataria desde el 2 de octubre de 2008 hasta el 30 de noviembre de 2010, lo que muestra pasividad del Ayuntamiento en estos dos años pero dicha pasividad no altera la obligación contractual de formalizar el contrato que surgió con la adjudicación y no con la modificación contractual”. La irrelevancia de una tal pasividad, que el mismo dictamen insinúa ser reprochable cuando desliza la expresión “por censurable que sea”, habría de ser fundamentada y no meramente afirmada, en especial cuando anteriormente este Consejo, en su acuerdo de 16 de diciembre de 2009, sí consideró relevante que el Ayuntamiento aceptase el 2 de octubre 2008, un cambio en la forma de pago a propuesta del contratista.

El dictamen afirma literalmente que “tampoco cabe considerar que la falta de actuación del Ayuntamiento, por censurable que sea, suponga un incumplimiento recíproco de las obligaciones contractuales, que es lo que viene a alegar la adjudicataria al afirmar al señalar que la causa de no formalización del contrato por el contratista es que no se le notificó la aceptación de la modificación de las condiciones de pago por el Ayuntamiento. No hay incumplimiento porque no había obligación contractual del Ayuntamiento de aceptar dicha condición y, por lo tanto, tampoco de comunicar su aceptación pero es que, además, la adjudicataria, al someter su voluntad de formalizar el contrato al cumplimiento de una condición extraña al mismo, lo que hace implícitamente es manifestar su voluntad de no formalizar si no se cumplía la condición, es decir, de incumplir el contrato.”

Como ya he dicho, no me parece fundada la afirmación de que no hay incumplimiento por inexistencia de la obligación de pactar si, pese a esa inexistente obligación, de hecho se pactó. Pero es que, además, considero

que en este punto el dictamen es incoherente con el comportamiento del Ayuntamiento, pues de los hechos indiscutibles que constan en el expediente se deduce que el Ayuntamiento no consideró la propuesta de modificación del modo de pago como una manifestación de voluntad de incumplimiento: en tal caso, no la hubiera estudiado y menos aún aceptado. No se trata, por ende, de que la UTE contratista pretendiese introducir en el contrato, como condición, algo “extraño” al contrato. Lo que se propuso por la UTE —y se aceptó— fue una modificación del contrato en un extremo imprescindible de éste: el pago del Ayuntamiento al contratista. Que esa modificación, por no conforme a la legalidad, nunca hubiese debido ser aceptada por el Ayuntamiento no autoriza a argumentar como lo hace el dictamen.

Finalmente, no puedo sumarme a las consideraciones y a la conclusión del dictamen respecto de la incautación de la garantía, por importe de 45.932 €. Los dos dictámenes (uno de ellos del Consejo de Estado, en el año 2010) que se citan en el nuestro del que discrepo apuntan claramente a la finalidad resarcitoria o indemnizatoria de la garantía, pero, de inmediato, el dictamen afirma, sin explicación de su apartamiento de los dictámenes aludidos, la naturaleza de cláusula penal de la incautación y viene a sostener su procedencia siempre que se dé causa de resolución.

En cuanto al asunto, en sí mismo considerado, es probable que con otro planteamiento resultase procedente la resolución contractual. Sucede, empero, que discrepo fuertemente del dictamen a causa de su enfoque y de sus argumentos: procedencia de la resolución por no haber formalizado la UTE el contrato en los 30 días posteriores al 8 de julio de 2008, cuando el 2 de octubre de ese año 2008 el Ayuntamiento consultante aceptaba una propuesta de modificación y cuando, como el dictamen reconoce, el expediente acredita una total inactividad del Ayuntamiento desde el 2 de octubre de 2008 hasta el 30 de noviembre de 2010.

Por añadidura, considero improcedente la incautación de la garantía por importe de 45.932 €. Será discutible quién de las dos partes ha sufrido daños y perjuicios y, en su caso, mayores o menores. Lo que, en cambio, veo poco discutible es que no se acredita que la UTE haya causado daños al Ayuntamiento precisamente por esa cantidad de euros.

Madrid, 14 de febrero de 2012.

Andrés de la Oliva Santos».

Madrid, 15 de febrero de 2012

