

DICTAMEN: 29/10, de 21 de gener

MATÈRIA: Contractes

DEPARTAMENT: Governació i Administracions Públiques

PONENT: Josep-Enric Rebés i Solé

Resolució d'un contracte subscrit per l'Ajuntament de Santa Oliva i l'empresa «C. J. A. M., SL», relatiu a les obres de construcció d'un poliesportiu

ANTECEDENTS

Es dedueixen del Dictamen.

FONAMENTS JURÍDICS

I. Objecte del Dictamen

El conseller de Governació i Administracions Públiques tramet l'expedient a aquesta Comissió Jurídica Assessora per la via de l'article 26.3 del Decret 69/2006, d'11 d'abril, d'aprovació del Reglament d'aquest òrgan, que estableix que les peticions de dictamen que formulin les entitats locals s'han d'adreçar al conseller o la consellera del Govern que tingui atribuïda la competència en matèria d'Administració local, perquè es trametin a aquesta Comissió. En el present cas, i segons l'ofici de remissió, es tramet en compliment dels articles 275.3.a) del Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, i 8.3.e) de la Llei 5/2005, d'aquesta Comissió Jurídica Assessora, que estableixen la intervenció preceptiva d'aquest òrgan consultiu per a una sèrie de supòsits, entre els quals es troben la nul·litat i la resolució contractual.

El present Dictamen planteja alguna complexitat, atesa la concurrència eventual de dues causes que poden deixar sense efecte la relació contractual entre l'Administració municipal i l'adjudicatari del contracte per al projecte i l'obra de PAV 2, per a la construcció d'un pavelló poliesportiu municipal. Una seria la que eventualment podria derivar de la nul·litat de l'acord d'adjudicació, i l'altra, la que es fonamenta en la resolució contractual; ambdues circumstàncies promogudes per l'Administració municipal. També cal afegir que, segons sembla, contràriament al que sol succeir, el contracte no s'ha formalitzat per una causa imputable a l'Administració, i d'altra banda, en l'expedient hi ha un retret d'incompliments recíprocs.

L'Administració municipal sotmet a consideració d'aquest òrgan dues propostes que deriven del mateix Acord de la Junta de Govern de 25 de juny de 2009 (recaigut en l'expedient 199/2006). Així, d'una banda, es descarta la concurrència d'una causa de nul·litat de l'acord d'adjudicació, i d'una altra, es considera l'existència de la resolució contractual. Plantejat en aquests termes, i

sens perjudici de les consideracions que es faran més endavant, l'objecte del Dictamen pròpiament dit es constitueix per la resolució contractual, ja que la via de la nul·litat, com es veurà també, ha estat abandonada per l'Administració municipal.

II. Aspectes procedimentals

Per a comprendre millor els diversos aspectes que suggereix la documentació que integra l'expedient, convé tenir present, encara que d'una manera breu, el següent. L'Ajuntament va preveure el compliment de les obligacions econòmiques que derivaven de l'adjudicació per a redactar el projecte, executar l'obra i construir el pavelló poliesportiu (PAV 2) sobre la base de rebre una subvenció del Consell Català de l'Esport i en els ingressos que havien de provenir de la subhasta d'una parcel·la industrial de propietat de l'Ajuntament per un import de 4.363.347 euros. Per raons formals aquesta va ser declarada nul·la de ple dret per la Sentència d'1 d'abril de 2008 del Jutjat núm. 2 de Tarragona, de la jurisdicció contenciosa administrativa. Aquest recurs va ser interposat per un tercer que no guarda cap relació amb l'expedient que se sotmet a consideració.

A la vista d'aquesta Sentència i en particular dels seus raonaments jurídics, l'Ajuntament va estimar que també hi havia causa de nul·litat de ple dret en l'Acord de 23 de març de 2006, pel qual s'adjudicava la redacció del projecte i l'execució de l'obra del PAV 2; motiu pel qual la Junta de Govern, en sessió de 17 de juliol de 2008, va prendre aquest Acord basant-se en l'article 62.c) del Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (TRLCAP) i l'article 46 de la Llei general pressupostària, per raó de la causa sobrevinguda que consistia en "no haver-se consolidat el finançament [...] i en conseqüència inexecutar les obres de construcció". En aquest mateix Acord s'acordà "satisfer a l'adjudicatari el cost del projecte del pavelló, per haver efectivament redactat i entregat a l'Ajuntament". Aquest Acord alhora fou igualment objecte de recurs contenciós administratiu, aquesta vegada interposat per l'adjudicatari, i donà lloc a la Sentència de 13 de febrer de 2009 (Recurs XXX) del mateix ordre jurisdiccional, dictada també pel Jutjat núm. 2 de Tarragona, que declarà la nul·litat d'aquell Acord de nul·litat de 17 de juliol de 2008 d'acord amb l'article 62.1.e) de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJPAC), per manca del dictamen d'aquesta Comissió Jurídica Assessora.

Aquest pronunciament declarava la nul·litat amb retroacció de les actuacions al moment immediatament anterior i "*ello con objeto de que la Administración demandada recabe el dictamen favorable del órgano consultivo pertinente en los términos del artículo 102.1 de la LRJPAC*". Consta en l'expedient que, en compliment de l'article 104 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, l'Administració resolgué, per Acord de 7 de maig de 2009, el següent: "Primer. Acusar la recepció de la comunicació de la fermesa de la

sentència; Segon. Indicar al Jutjat que l'òrgan responsable d'execució és la Junta de Govern. Tercer. Practicar les actuacions següents: a) Tenir per nul l'apartat primer de l'Acord de la Junta de Govern de l'Ajuntament de Santa Oliva de 17 de juliol de 2008 i, per tant, tenir per vàlida la contractació de la redacció del projecte d'obres i les obres d'execució del pavelló poliesportiu (PAV 2) adjudicada a la mercantil [...]; b) Tenir per nul l'apartat segon de l'Acord de la Junta de Govern de l'Ajuntament de Santa Oliva de 17 de juliol de 2008 que disposava que es pagui a l'adjudicatari el cost del projecte de pavelló, redactat i lliurat a l'Ajuntament; c) Retrotraure les actuacions tramitades per declarar la nul·litat per causa sobrevinguda del contracte de redacció del projecte i execució de l'obra de construcció del pavelló [...] al moment immediatament anterior al dictat de l'Acord de la Junta de Govern de 17 de juliol de 2008, i reprendre les actuacions administratives a l'efecte de recaptar l'informe de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya". A més, l'Administració ho comunicà al Jutjat i als interessats.

En la mateixa sessió de 7 de maig de 2009 de la Junta de Govern Local de l'Ajuntament de Santa Oliva, es va prendre un altre acord que en la seva resolutòria té el contingut següent: Primer, incoar un expedient de resolució del contracte adjudicat el 23 de març de 2006, a l'empara del capítol III del títol V de la Llei de contractes de les administracions públiques, per la causa prevista en l'article 111.h), i tramitar-lo d'acord amb l'article 26 del Reial decret 390/1996, d'1 de març. Segon, conferir el tràmit d'audiència al contractista per tal que en el termini de deu dies manifesti si està d'acord o no amb la resolució contractual, i pugui formular les al·legacions que cregui oportunes, aporti la documentació que cregui convenient i formuli la proposició de prova. Tercer, notificar-ho als interessats.

Consten en l'expedient les al·legacions formulades pel contractista (el contingut de les quals s'examinaran més endavant), la valoració corresponent, així com l'informe del secretari-interventor i de l'assessor jurídic. Finalment, hi consta la certificació de l'Acord de 25 de juny de 2009, pel qual es demana el dictamen d'aquest òrgan consultiu. Amb tot això, s'ha donat compliment a les exigències procedimentals relatives tant a la resolució contractual (article 109.1 del Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre) com a la declaració de nul·litat (LRJPAC).

III. El fons

A) Amb caràcter previ cal remarcar que, si bé en la sessió de la Junta de Govern Local de 7 de maig de 2009 es va prendre, d'una banda, l'acord relatiu a la retrotracció per causa de nul·litat, i, d'una altra, el de la resolució contractual, el cert és que l'Ajuntament en la sessió de la citada Junta de Govern de 25 de juny de 2009 va prendre un altre acord pel qual s'abandonava la via de la nul·litat. Així, es va dir que "es descarta que concorri causa de nul·litat de ple dret en l'Acord de la Junta de Govern Local de 23 de març de 2006, d'adjudicació del contracte de redacció del

projecte d'obres i les obres d'execució del pavelló poliesportiu a [...]". Aquest Acord requereix alguna consideració, tota vegada que la declaració de la nul·litat feta per la Sentència de 13 de febrer de 2008 declarava la retroacció de les actuacions al moment immediatament anterior al de la infracció procedimental, la qual cosa podria fer pensar que l'Administració havia de prosseguir obligatòriament el procediment de nul·litat en compliment de la sentència. La retroacció de les actuacions obliga a esmenar els vicis causants de la nul·litat de ple dret si s'ha de prosseguir el procediment, però no obliga a aquesta prossecució, de manera que l'Administració municipal pot abandonar aquell procediment que va acordar, i, per tant, en aquest supòsit esdevé innecessària la petició de dictamen a aquesta Comissió Jurídica Assessora.

Així doncs, amb aquest plantejament l'objecte del Dictamen queda delimitat al supòsit de la resolució contractual, sens perjudici de les referències incidentals que es puguin fer a la nul·litat esmentada, especialment arran de les al·legacions i l'oposició de l'adjudicatari.

B) L'adjudicació efectuada per Acord de 23 de març de 2006 tingué lloc en els termes següents: "1. Adjudicar el concurs convocat per al projecte i l'obra de PAV 2 a Santa Oliva a l'empresa «C. J. A. M.», pel preu cert, IVA inclòs, d'1.821.745 euros, amb subjecció al plec de clàusules administratives i el plec de prescripcions tècniques. 2. Determinar que l'adjudicatari en el termini màxim de dos mesos presenti el projecte que ha plantejat. L'obra s'adjudicarà en una segona fase i prèvia aprovació del projecte que es presenti sempre que s'hagi consolidat el finançament [...] 4. Citar l'adjudicatari perquè el dia i l'hora que se li indicarà concorri a formalitzar el contracte administratiu corresponent."

Arran d'aquest Acord, que fou notificat el 3 d'abril de 2006, es varen produir, segons es dedueix de la documentació examinada, les circumstàncies següents, que posen de manifest l'evolució de la relació contractual i la posició de les parts. Importa assenyalar: a) Que el contracte no es va arribar a formalitzar sembla ser que per causa de l'Administració, segons diu l'adjudicatari i no ho contradia l'Administració. b) Pel que fa al termini de dos mesos d'entrega del projecte, l'adjudicatari, dos mesos i 26 dies després, va comunicar els terminis de presentació dels projectes, que va presentar el 10 de juliol de 2006. Aquesta documentació es va trametre al Consell Català de l'Esport, que és qui havia d'aprovar-los per tal de donar la subvenció parcial pertinent del cost de l'objecte de l'adjudicació. La tramitació d'aquesta aprovació amb les correccions pertinents de deficiències va acabar amb un informe favorable del Consell esmentat amb data de 16 de gener de 2008, el qual es comunicà als interessats l'1 de febrer següent. c) L'Ajuntament reconeix en l'informe que serveix de base a l'Acord de 17 de juliol de 2008 que "aquesta dilació temporal, fixada en un any i onze mesos, donà lloc a un escenari completament diferent d'aquell que preveia inicialment el contracte. A més ens trobem davant d'una situació on la mora actua de manera negativa en el conjunt del projecte". Aquesta circumstància, juntament amb

el fet de considerar l'existència d'una insuficiència de crèdit, són fets determinants per a l'Administració municipal d'una causa sobrevinguda causant de la declaració de nul·litat (després anul·lada per la jurisdicció) i de reconeixement de la indemnització a l'adjudicatari del cost del projecte del pavelló per haver estat redactat i entregat.

El que s'ha exposat ens permetria fer tres ordres de consideracions: una, que sembla que les parts contractants han obrat de bona fe; dues, que l'Ajuntament reconeix la seva responsabilitat, i tres, que es constata una demora imputable al contractista que, si bé en principi pot semblar poc significativa, es veurà que això no és així.

C) L'adjudicatari, el 28 de maig de 2009, presentà a l'Administració municipal un escrit d'al·legacions que, en síntesi, es refereixen a les qüestions següents: a) Considera que la incoació de l'expedient de resolució contractual és incompatible amb la retroacció de les actuacions arran de la sentència per tal de declarar la nul·litat del contracte per causa sobrevinguda. b) Que no existeix una causa legal de resolució i que només es produeix en els casos previstos en la llei. c) Considera que no era possible, sobre la base del principi de consignació pressupostària, que amb posterioritat a la licitació es condicioni l'adjudicació. d) Adverteix que reclamarà danys i perjudicis i indica d'una manera enunciativa uns conceptes i unes quantificacions econòmiques com a resultat d'un "*primer cálculo como importe de la responsabilidad de la Administración municipal por la resolución o nulidad del contrato*". e) Finalment, formula oposició a l'expedient de resolució contractual, però en cap cas no formula cap argument dirigit al manteniment del contracte.

Respecte de la compatibilitat de l'expedient de nul·litat i el de resolució, cal indicar que, si bé, en principi, poden semblar incompatibles, cal matisar-ho en funció de qui exerceixi la iniciativa. Sembla que no hi ha cap impediment per tal que l'adjudicatari plantegi l'acció de nul·litat i la de la resolució contractual (promoguda arran d'incompliments de l'Administració), ja que les causes poden ser distintes; per contra, resulta més difícil entendre la simultaneïtat dels dos procediments si els promou l'Administració, ja que, a banda que existiria una substancial coincidència procedimental, sembla que es perseguiria un objectiu similar. Tornant a l'al·legació efectuada sobre aquest aspecte i prescindint de la naturalesa jurídica diferent de la nul·litat o de la resolució, el cert és que, pel que fa als efectes pràctics i, en particular, a l'eventual indemnització, el resultat a efectes rescabatoris no té per què ser diferent.

Pel que fa a les causes de resolució contractual, que l'adjudicatari sosté que no existeixen, ja que la condició suspensiva relativa a l'obtenció de fons no estava, diu, en el contracte i, per tant, no era subsumible en l'article 111.h) del TRLCAP, cal dir que la condició a la qual es refereix va ser aprovada per la Junta de Govern Local en la sessió de 23 de març de 2006 juntament amb l'adjudicació del concurs, i afegeix la condició de l'aprovació del projecte que es presenti i sempre que s'hagi consolidat el finançament. A banda que aquesta fou condició d'adjudicació, cal

remarcar que el contractista la va acceptar sense discutir-la en cap moment. Des d'un altre punt de vista, s'ha de tenir present l'incompliment del termini per part del contractista, ja que tenia dos mesos per a presentar el projecte i va trigar dos mesos i vint-i-sis dies per dir com ho faria. Si el retard es concreta en els vint-i-sis dies, pot semblar poc rellevant, si es té en compte el temps del procediment seguit en l'àmbit del Consell Català de l'Esport; però el retard és determinant si es compara amb el termini de dos mesos. Sobre aquesta matèria la normativa de contractació és molt contundent, segons l'article 71.2 del TRLCAP, que preveu la resolució del contracte per als supòsits d'urgència, que és el cas segons l'informe jurídic que serveix de base a l'Acord de 25 de juny de 2009. Respecte de la urgència no és sobrer assenyalar els requeriments del Consell Català de l'Esport, amb la finalitat que l'Ajuntament es pogués beneficiar de la subvenció demanada.

En definitiva, i a banda del que s'ha dit, la resolució contractual troba la seva causa en l'incompliment dels terminis, en aquest cas, d'entrega del projecte (article 111.e) i article 95.6 del TRLCAP).

D) Finalment, i pel que fa als danys i perjudicis, cal precisar que l'escrit d'al·legacions no conté una reclamació pròpiament dita, ja que es limita a advertir que la no-formalització del contracte en el termini previst i per causa imputable a l'Administració dóna lloc a indemnització pels danys i perjudicis que es puguin derivar de la demora (article 54.3 del TRLCAP); i tant la resolució com la nul·litat (d'acord amb els articles 113.3 i 65.1 del TRLCAP) comporten també indemnització a càrrec de l'Administració, si la causa li és imputable, pels danys que hagin pogut produir al contractista. Malgrat el que s'acaba de dir, afegeix un primer càlcul merament enunciatiu que quantifica amb un total de 419.830,11 euros; quantitat, però, que no reclama ni prova. Per tant, en aquest moment resulta procedent, com es diu en l'acord corresponent, "pagar a l'adjudicatari el cost del projecte que va rebre l'aprovació del Consell Català de l'Esport i adoptar la resta de disposicions que requereixi la liquidació del contracte". Així doncs, i pel que fa a la resta de conceptes, caldrà atènyer-se, si escau, a la reclamació que el contractista formuli i al resultat dels requisits que han d'esdevenir-se relatius al fet que s'acrediti el dany i que aquest sigui real, efectiu i que derivi de la decisió municipal, amb el límit de l'enriquiment injust.

F) Respecte dels efectes de la manca de formalització, cal indicar que estan recollits en el capítol II del títol III del llibre I del TRLCAP, sota l'epígraf "De la perfecció i formalització dels contractes", i en concret, en els articles 53 i 54. Certament, l'ordenament estableix uns efectes distints segons si la manca de formalització és imputable al contractista o a l'Administració. En el primer supòsit, l'Administració pot acordar la resolució del contracte, i és tràmit necessari l'audiència de l'interessat i, si hi ha oposició, cal la intervenció del Consell d'Estat o de l'òrgan consultiu de la comunitat autònoma –en el nostre cas, de la Comissió Jurídica Assessora–; per

contra, si la causa és imputable a l'Administració, s'ha d'indemnitzar el contractista pels danys i perjudicis, sens perjudici que es pugui demanar la resolució del contracte d'acord amb l'article 111.d) del TRLCAP. En tot cas, és important remarcar que la manca de formalització no afecta la validesa del contracte, segons ha establert la jurisprudència (Sentència del Tribunal Suprem de 9 d'octubre de 2000, entre d'altres) i ha recordat aquest òrgan, motiu pel qual, precisament, aquesta mancança pot ser constitutiva de la resolució contractual.

G) A la vista de les circumstàncies concurrents en el present cas, es poden fer les consideracions finals següents. Aquest òrgan estima que no és contrari a l'ordenament l'abandonament del procediment de nul·litat i la incoació i prossecució del procediment de resolució contractual, ja que s'està en presència d'una situació d'incompliments recíprocs, encara que de distinta intensitat. En efecte, és imputable al contractista el retard en l'entrega dels projectes. Pel que fa a l'Ajuntament, sembla que se li ha d'imputar la no-formalització del contracte en el temps oportú; i tampoc no es pot deixar de banda, ja que ha estat determinant, l'existència d'una causa sobrevinguda relativa a la manca de finançament, de la qual resta totalment al marge l'adjudicatari.

Plantejat en aquests termes, es pot afirmar la concurrència de dues causes que han motivat la resolució contractual per part de l'Ajuntament. Una, la del retard ja advertit, i l'altra, la causa econòmica sobrevinguda; amb reconeixement al reintegrament dels costos relacionats amb la redacció, la presentació del projecte, i tot això sens perjudici de l'eventual dret de l'adjudicatari a reclamar la indemnització d'altres danys i perjudicis.

CONCLUSIÓ

S'informa favorablement sobre la resolució del contracte subscrit entre l'Ajuntament de Santa Oliva i l'empresa «C. J. A. M., SL», relatiu a les obres de construcció d'un poliesportiu, en els termes de la proposta sotmesa a consideració; sens perjudici, com s'ha dit al final del darrer fonament jurídic, del dret de l'adjudicatari a reclamar la indemnització del altres danys i perjudicis que estimi.