

Julio GALÁN CÁCERES

Profesor del CEF

• ENUNCIADO:

Una cuarta parte de los miembros de una Corporación Local solicita el día 1 de abril (lunes) al Alcalde la celebración de una sesión extraordinaria con el objeto de que por el Pleno se acuerde la construcción de un polideportivo municipal toda vez que el municipio carecía del mismo y venía siendo, últimamente, reivindicado, de forma pública y notoria, por los vecinos de aquél. Teniendo en cuenta el artículo 48.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC), el Alcalde convoca dicho Pleno extraordinario para el día 19 de abril (viernes), sin que durante el mes de abril existieran otros días inhábiles que los domingos correspondientes.

Ante esta convocatoria, los concejales solicitantes dirigen escrito al Alcalde manifestando su disconformidad respecto al día señalado, al entender que la sesión debería celebrarse antes de esa fecha.

Ante este escrito, el Alcalde, indignado por el tono del mismo pues irónicamente venían a decirle que no sabía ni contar, decide hacer uso de las facultades previstas en el artículo 78.3 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, fijando como nuevo día para la celebración de la misma el 23 de mayo. Además, en el orden del día incluyó otros asuntos no pedidos por los concejales solicitantes. Igualmente se incluyó un punto relativo a ruegos y preguntas.

Realizada notificación de la convocatoria no se plantea ningún problema respecto a los concejales, excepto con uno de ellos respecto al cual, siendo de conocimiento público que se encuentra de viaje por el extranjero, ni tan siquiera se intentó su notificación al saber de antemano que dicha diligencia resultaría infructuosa. Este concejal no asistió al Pleno celebrado.

Celebrada la sesión plenaria, se acuerda por la mayoría simple de los presentes aprobar la construcción del polideportivo. Este asunto no había sido dictaminado previamente por la Comisión Informativa correspondiente.

A los tres meses de la sesión, concejales que habían votado en contra, exclusivamente, del acuerdo relativo a la construcción del polideportivo, pero no del resto de acuerdos, y sin haber recibido notificación del mismo en ningún momento, presentan recurso contencioso-administrativo solicitando la nulidad de la sesión celebrada. Por su parte, personado en la localidad el que se hallaba en el extranjero a los cinco meses de la celebración de la sesión y enterado de la misma, presenta, igualmente, recurso contencioso-administrativo solicitando la anulación de la sesión celebrada.

Con posterioridad, otros concejales asistentes a la sesión solicitan se les remita, lo antes posible, copia del acta de la misma. Dicha solicitud es denegada por el Alcalde.

Con carácter previo a la puesta en marcha del expediente de contratación para la adjudicación de las obras, se decide encargar la realización del Proyecto Técnico de las Obras; adjudicándose por el procedimiento negociado sin publicidad al mismo arquitecto, pero desdoblado en dos objetos: un proyecto de obras básico y un proyecto de ejecución, con un presupuesto, cada uno de ellos, de 7.000 euros.

Adjudicadas las obras a la empresa La Recomendada, S.A., por el procedimiento restringido y concurso y con un plazo de ejecución de 12 meses, ésta inicia la ejecución de las obras, pero, al poco tiempo, la Administración acuerda la suspensión de las obras mientras redacta determinadas modificaciones al proyecto que permitan el uso más general del polideportivo, suspensión que se mantendrá durante cuatro meses.

Modificado el proyecto se reinicia la obra, advirtiéndose por la dirección facultativa una ralentización del ritmo de ejecución al punto de apreciarse que no podrá ser ejecutada en el plazo pactado, por lo que propone incoar expediente de resolución del contrato. Iniciado dicho expediente, se aprecia que se ha ejecutado el 80 por 100 de las obras y que al ritmo de ejecución actual las obras finalizarían a los 19 meses de la fecha del inicio del cómputo del plazo legal. Ante ello, la contratista, en trámite oportuno, formula las siguientes alegaciones:

- 1. Que el retraso es debido a la suspensión acordada por la Administración, y a la necesidad de realizar acopio de materiales y ejecutar unidades de obras distintas a la establecida en el proyecto inicial.*
- 2. Que el proyecto no establecía plazos parciales de ejecución, por lo que no se ha producido ningún incumplimiento.*
- 3. Que, como consecuencia de las modificaciones del proyecto y la paralización de las obras, se han generado costes que han puesto en peligro la situación económica de la empresa, proponiendo bien la resolución por mutuo acuerdo, o bien la concesión de un plazo extraordinario para poder finalizar la ejecución del contrato.*

Notificada la resolución del expediente al avalista, por la que se resuelve el contrato, la entidad financiera advierte que el aval otorgado tenía una vigencia de 12 meses, por lo que en el momento de instarse la resolución del contrato ya no se hallaba vigente.

• CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Tienen razón los concejales respecto a que la sesión debería celebrarse antes del día fijado por el Alcalde?
2. ¿Obró con arreglo a derecho el Alcalde al fijar, posteriormente, la fecha 23 de mayo?
3. Comentar lo relativo a la inclusión en el orden del día de cuestiones no solicitadas por los petionarios, así como del punto de ruegos y preguntas.
4. ¿Se actuó conforme a derecho respecto a la ausencia de notificación del concejal que se encontraba en el extranjero?
5. ¿Cómo será el acuerdo adoptado en la sesión plenaria?
6. ¿Cómo se resolverá el recurso contencioso-administrativo presentado por los concejales que votaron en contra del acuerdo?

7. ¿Cómo se resolverá el recurso contencioso-administrativo presentado por el concejal que regresó del extranjero?

8. ¿Actuó correctamente el Alcalde al denegar a unos concejales copia del acta de la sesión?

9. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del contrato celebrado para la redacción del proyecto?, ¿obró correctamente el Ayuntamiento en ese contrato?

10. Comentar todas las vicisitudes jurídicas concurrentes en el contrato de obras a que se refiere el relato de hechos.

• SOLUCIÓN:

1. Respecto a si tienen razón los concejales en su escrito dirigido al Alcalde solicitando que la sesión debe celebrarse en día anterior al fijado, creemos que sí.

El artículo 46.2 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), indica que «la celebración del pleno no podrá demorarse por más de 15 días hábiles desde que fuera solicitada». Ahora bien, el plazo empieza a contarse no desde la fecha que tuvo en cuenta el Alcalde a partir del día siguiente a la solicitud, aplicando el artículo 48.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, RJAP y PAC, sino, como señala el precepto citado de la LBRL, desde la fecha en que fue solicitada la celebración de la sesión extraordinaria, entendida, tras la nueva redacción dada por la Ley 11/1999, de 21 de abril, desde que dicha solicitud tiene entrada en el registro correspondiente. Luego si presumimos, en este caso, que esa entrada en el registro se produce el mismo día de la solicitud llegaremos a la conclusión de que la fecha fijada para la celebración de la sesión extraordinaria debió fijarse para antes del día 19 de abril (en concreto un día antes).

Debemos tener en cuenta que no resulta, en este caso, aplicable el artículo de la Ley 30/1992 en el que se ha fundamentado el Alcalde empezando el cómputo del plazo de los 15 días desde el día siguiente a la solicitud por dos razones fundamentalmente. En primer lugar, porque el citado artículo 48.4 de la Ley 30/1992 está presuponiendo la existencia de un acto administrativo previo que ha de ser objeto de comunicación (notificación o publicación), aspecto que no concurre en el caso que comentamos; y, en segundo lugar, porque la disposición adicional primera de la Ley 30/1992 establece que las normas del Capítulo II, Título II de la Ley (en la que se encuentre el art. 26 referente a la convocatoria de los órganos colegiados) no son de aplicación al Pleno y Comisión de Gobierno de las Entidades Locales.

De cualquier manera, salvo que se demuestre que era esencial la celebración de ese Pleno extraordinario con anterioridad a la fecha fijada del 19 de abril (imaginemos la existencia de una subvención del Estado o de la Comunidad Autónoma que venciera en plazo anterior), en principio, este defecto puede ser calificado de mera irregularidad no invalidante. En realidad, realizado el cómputo desde el mismo día de la solicitud (1 de abril), como era procedente, el plazo de los 15 días hábiles señalado en el artículo 26.2 a) de la LBRL vencía el día 18 de abril (descontando los tres domingos, únicos días inhábiles según señala el caso).

2. En relación a si obró con arreglo a derecho el Alcalde fijando como nuevo día de celebración el 23 de mayo, debemos señalar que no.

El artículo 78.3 del Reglamento de Organización, Régimen Jurídico y Funcionamiento de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, que señala que «la sesión no podrá demorarse para su celebración por más de dos meses», ha de entenderse derogado por la nueva redacción dada al referido artículo 46.2 a) de la LBRL por la Ley 11/1999, de 21 de abril, que obliga a la cele-

bración de la sesión extraordinaria solicitada antes de 15 días hábiles desde que fue solicitada. Por tanto, con independencia del recurso procedente contra esta decisión equivocada del Alcalde (reposición o contencioso-administrativo), y como indica el artículo señalado, esa sesión quedó convocada para las 12 horas del décimo día posterior al vencer el plazo señalado (correspondería al día 30 de abril).

3. Respecto a los puntos del orden del día acordados por el Alcalde para esa sesión, incluyendo otros asuntos no solicitados por los concejales peticionarios de la sesión extraordinaria e incluyendo el turno de ruegos y preguntas, debemos resaltar que, en este caso, el Alcalde obró con arreglo a derecho, si contó con la autorización de los solicitantes de la sesión extraordinaria, a tenor de lo previsto en el referido artículo 46 de la LBRL. En caso contrario, no.

El artículo 78.2 del Reglamento de Organización, Régimen Jurídico y Funcionamiento de las Entidades Locales indica que «la relación de asuntos incluidos en el escrito de convocatoria no enerva la facultad del Alcalde o Presidente para determinar los puntos del orden del día, si bien la exclusión de alguno de los asuntos propuestos deberá ser motivada». En este caso, el Alcalde no excluyó el punto pedido sino que se limitó, en uso de sus facultades, a incluir otros puntos en el orden del día. Si los mismos contaron con la autorización señalada ningún problema hay al respecto.

Respecto a la inclusión del punto de ruegos y preguntas, debemos señalar que ningún precepto legal lo prohíbe. El artículo 84.2 del Reglamento de Organización, Régimen Jurídico y Funcionamiento de las Entidades Locales dice que «en el orden del día de las sesiones ordinarias se incluirá siempre el punto de ruegos y preguntas». Pues bien, de aquí no se puede deducir que esté prohibido ese punto en el caso de sesiones extraordinarias. Lo único que obliga el precepto es a que en las de carácter ordinario es una obligación para el Alcalde el incluir ese punto. Tal obligación no se establece para las de carácter extraordinario que será potestativo incluirlo o no, depende de la voluntad del Alcalde. Pero si se incluyen, ningún precepto legal se vulnera por ello, siempre y cuando, como ya hemos analizado, se contara con la autorización de los solicitantes de la sesión extraordinaria.

4. Respecto a la falta de notificación al concejal que se encontraba de viaje por el extranjero, por muy público y notorio que ello fuera, no eximía de la obligación de intentarse la notificación en la forma legalmente señalada.

El artículo 80.3 del Reglamento de Organización, Régimen Jurídico y Funcionamiento de las Entidades Locales obliga a notificar la convocatoria de la sesión a todos los concejales en sus domicilios sin hacer exclusión de ningún tipo. Si se permitieran juicios valorativos respecto a si se encuentra o no en la localidad el que ha de ser notificado, o si va a poder asistir o no a la sesión (imagínese que está enfermo), sería abrir una puerta muy peligrosa a través de la cual se podría lesionar el derecho fundamental de participación en asuntos públicos reconocido en el artículo 23 de la Constitución, a través de suposiciones o sospechas totalmente subjetivas y que podrían ser mal interpretadas.

La Ley es clara al respecto, es obligatoria esa notificación. Los artículos 57 y 58 de la Ley 30/1992 detallan la forma en que debe ser hecha la misma, debiendo intentarse por dos veces en su domicilio (donde, por cierto, pueden estar personas del entorno del notificado que enteren a éste del contenido de la notificación). En el caso de que lo anterior no hubiere dado sus frutos, el artículo 59.4 de la Ley 30/1992 obliga a la publicación mediante anuncio en el tablón de edictos del Ayuntamiento y, en este caso, «Boletín Oficial de la Provincia».

5. Respecto a cómo será el acuerdo adoptado en esa sesión plenaria, partiendo de la base, exclusivamente, de los datos que suministra el relato de hecho, y con independencia de la indefensión ori-

ginada al concejal a que se refiere la cuestión anterior, el mismo es nulo de pleno derecho por incumplirse lo dispuesto en el artículo 82.2 del Reglamento de Organización, Régimen Jurídico y Funcionamiento de las Entidades Locales.

El citado precepto exige dictamen previo de la Comisión Informativa correspondiente sobre el asunto que se vaya a tratar en el Pleno. Sólo en caso de urgencia motivada podrán incluirse en el orden del día cuestiones no dictaminadas previamente por la correspondiente Comisión Informativa. En este caso, lo primero que debe hacer el Pleno es ratificar dicha urgencia. No parece que el caso analizado se encuentre en esta excepción. Por ello, ese acuerdo plenario es nulo de pleno derecho a tenor de lo establecido en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, al haberse adoptado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

6. En relación al recurso presentado por varios concejales que votaron en contra del acuerdo relativo a la construcción del polideportivo, pero no del resto de acuerdos adoptados en aquella sesión, solicitando la nulidad de la misma, debemos señalar que carecen de razón.

En primer lugar, si sólo votaron en contra de un acuerdo podrán recurrir, exclusivamente, éste, pero no solicitar la nulidad de toda la sesión, pues en ella había otros acuerdos en los que no votaron en contra, luego hay que aplicar la regla de la conservación de los actos administrativos no afectados de vicios de invalidez (art. 65 de la Ley 30/1992).

En segundo lugar, resulta que el recurso era extemporáneo. El artículo 46.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dispone que el plazo para recurrir, en caso de resolución expresa, es de dos meses. Este plazo ha de computarse, en este caso, desde el día en que tuvo lugar la sesión extraordinaria que es cuando tuvieron conocimiento del acuerdo luego impugnado. En ningún precepto legal, especialmente en los artículos 196 y siguientes del Reglamento de Organización, Régimen Jurídico y Funcionamiento de las Entidades Locales relativo a la publicidad y constancia de actos y acuerdos, se establece que los acuerdos adoptados por el Pleno hayan de notificarse expresamente a los concejales, luego el plazo se inicia con el conocimiento de aquéllos por parte de éstos de que tuvo lugar el día de la sesión cuando resultaron aprobados.

7. Respecto al recurso presentado por el concejal que se encontraba en el extranjero y respecto al que no se efectuó notificación alguna de la convocatoria, aunque hayan transcurridos más de dos meses desde que el acuerdo se adoptó, debe ser admitido, porque no es extemporáneo.

Al no hacerse ni intentarse notificación de la convocatoria es como si, a efectos legales, estuviéramos en presencia de una notificación defectuosa, por la que hay que aplicar lo dispuesto en el artículo 58.4 de la Ley 30/1992 en lo relativo a la subsanación de este tipo de notificaciones, una de cuyas modalidades es por interponer el recurso pertinente, como ha sucedido en el presente caso. Además de ello, respecto al fondo de la cuestión, el recurso se resolverá estimando su pretensión de anularse la sesión celebrada pues le ha originado indefensión por lo que la misma será nula de pleno derecho por haber omitido reglas esenciales para la formación de voluntad de un órgano colegiado [art. 62.1 e) de la Ley 30/1992].

8. En relación a si el Alcalde actuó con arreglo a derecho denegando la entrega de acta de la sesión celebrada a unos concejales que la habían solicitado, entendemos que sí.

No se conoce precepto alguno que establezca la obligación de trasladar copia del acta de las sesiones del Pleno a los concejales, salvo la obligación de acompañar dicha copia junto a la convocatoria de la sesión posterior, conforme a los artículos 82.2 y 91.1 del Reglamento de Organización, Régimen Jurídico y Funcionamiento de las Entidades Locales.

Ahora bien, tampoco habría ningún problema si se accediera a lo solicitado si tenemos en cuenta que las sesiones del Pleno son públicas y, además, de acuerdo con lo establecido en el artículo 229 del Reglamento de Organización, Régimen Jurídico y Funcionamiento de las Entidades Locales, la corporación dará publicidad resumida del contenido de las sesiones plenarias y de todos los acuerdos del Pleno, Comisión de Gobierno y resoluciones del Alcalde o concejales delegados; publicidad que ha de hacerse mediante exposición en el tablón de anuncios, sin perjuicio de la posibilidad de hacerla, también, en el Boletín Oficial del Ayuntamiento o en los medios de comunicación. Sólo hay plazo -en los seis días siguientes a la adopción de actos y acuerdos- para remitir extracto de los mismos a la Administración del Estado y de la Comunidad Autónoma (art. 56.1 de la LBRL).

Por otro lado, según el artículo 110.2 del Reglamento de Organización, Régimen Jurídico y Funcionamiento de las Entidades Locales, el acta una vez aprobada por el Pleno se transcribirá al Libro de Actas.

9. Respecto a la naturaleza jurídica del contrato celebrado y si obró correctamente el Ayuntamiento respecto al mismo, debemos señalar, en primer lugar, que se trata de un contrato de consultoría y asistencia del artículo 196.2 a) del Texto Refundido de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas (TRLCAP) (RDLeg. 2/2000, de 16 de junio), ya que se trata, en cuanto al objeto, de la redacción de un proyecto técnico.

En segundo lugar, en relación al procedimiento de adjudicación utilizado consistente en el negociado sin publicidad, en razón a la cuantía del mismo, no parece que exista problema alguno (art. 210 del TRLCAP).

En tercer lugar, respecto al fraccionamiento del objeto del mismo, separando la redacción del proyecto base y del proyecto de ejecución, para ser realizados por el mismo profesional, no parece que sea ajustado a derecho.

La prohibición de fraccionamiento de los contratos, a fin de eludir las normas imperativas por razón de la cuantía, es uno de los principios básicos de la legislación de contratos administrativos. Así el artículo 68 del TRLCAP, precepto básico de acuerdo con la disposición final primera, establece:

«1. El expediente deberá abarcar la totalidad del objeto del contrato y comprenderá todos y cada uno de los elementos que sean precisos para ello.

2. No podrá fraccionarse un contrato con objeto de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad, el procedimiento o la forma de adjudicación.

3. Cuando el objeto admita fraccionamiento, justificándolo debidamente en el expediente, podrá preverse en el mismo la realización independiente de cada una de sus partes, mediante su división en lotes, siempre que éstas sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado o así lo exija la naturaleza del objeto.»

Parece claro, en el caso que analizamos, que la contratación a un mismo técnico de un proyecto de obras separando el proyecto básico y el de ejecución no se corresponde con el principio de la totalidad del objeto que deberá ser la redacción del proyecto necesario para la ejecución de las obras, e incluso, en su caso, la dirección facultativa de las mismas. No parece que, en este caso, exista justificación para ese fraccionamiento (aunque con el mismo no se llegue al alterar la publicidad o el procedimiento de adjudicación), porque el principio general es el de totalidad o unicidad del objeto.

A efectos anecdóticos recordamos que esa diferenciación entre proyecto básico y de ejecución tan sólo se contempla en el Real Decreto 2512/1977, de 17 de junio, por el que se aprueban las tari-

fas de honorarios de los arquitectos en trabajos de su profesión. Pero en este caso, ¿qué sentido o con qué intención se fracciona el objeto del contrato consistente en la redacción de un proyecto de obras en el cual la conexión o interrelación entre lo básico del mismo y la ejecución es incuestionable, cuando, además, se adjudica al mismo profesional? No existe justificación alguna.

Por otra parte, no podemos olvidar que con ese fraccionamiento, en realidad, estamos en presencia de dos contratos menores de consultoría al no superar cada uno de ellos la cuantía establecida en el artículo 201 del TRLCAP, mientras que, en su totalidad, sí superaría ese límite cuantitativo.

10. Respecto a las diversas incidencias del posterior contrato de obras a que se refiere el relato de hechos, destacamos lo siguiente:

A) Suspensión de las obras acordadas por la Administración.

En este caso no es causa de resolución del contrato ya que el artículo 149 c) del TRLCAP exige que la misma sea superior a ocho meses (en este caso, la suspensión duró cuatro meses).

Respecto a la causa de la citada suspensión fue la modificación del proyecto acordada por la Administración. En realidad desconocemos los pormenores de esta modificación y si llegó a superar los límites establecidos legalmente para que el contratista pudiera instar la resolución del mismo. En todo caso, habrá de estarse a los artículos 146 y siguientes del TRLCAP para examinar las consecuencias para el contratista de la misma. No parece que originaran la resolución, o, al menos, el contratista no instó la misma, según los hechos descritos.

Ahora bien, esta suspensión sí debió causar una consecuencia importante respecto al plazo de ejecución de las obras. En este sentido, el artículo 159 del Reglamento General de la LCAP, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 5 de julio, prevé las variaciones en los plazos de ejecución por modificaciones del proyecto, remitiéndose al artículo 96 del mismo donde está previsto el reajuste de anualidades por suspensiones autorizadas y modificaciones en el proyecto. Y era una obligación de la Administración realizar este reajuste pues el citado 159 dice literalmente:

«1. Acordada por el órgano de contratación la redacción de las modificaciones del proyecto que implique la imposibilidad de seguir ejecutando determinadas partes de la obra contratada, deberá acordarse igualmente la suspensión... de la obra, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 146 de la Ley (si existieren graves perjuicios para el interés público se podrá continuar la ejecución).

2. En cuanto a las variaciones en más o en menos de los plazos que se deriven de las modificaciones del proyecto aprobadas, se estará a lo establecido en el art. 96 del Reglamento, sin perjuicio de lo que proceda si hubiera habido lugar a la suspensión temporal, total o parcial.»

Pues bien, el referido artículo 96 indica que «para efectuar el reajuste será necesaria la conformidad del contratista salvo que razones excepcionales de interés público determinen la suficiencia del trámite de audiencia del mismo y el Informe de Intervención».

Luego si la Administración no actuó de esta manera incumplió sus obligaciones y hubiera posibilitado que el contratista hubiera instado la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la Administración [art. 111 e) del TRLCAP].

B) Expediente de resolución del contrato.

El artículo 142 del TRLCAP indica que «la ejecución del contrato de obras comenzará con el acta de comprobación del replanteo».

El plazo de ejecución, en este caso, era de 12 meses, pero, como estuvieron suspendidas durante cuatro meses, habrá que añadir los mismos, para el plazo total de ejecución. Por lo tanto, si el supuesto dice que las obras finalizarían a los 19 meses de la fecha de comprobación del replanteo, observamos un retraso de tres meses. Esto provoca que la Administración inicie el expediente de resolución del contrato, suponemos que en base al artículo 111 e) del TRLCAP por «demora en el cumplimiento de los plazos» (el expediente de resolución se contempla en el art. 109 del Rgto.).

C) Argumentos del contratista en sus alegaciones.

a) Que el retraso es debido a la suspensión acordada por la Administración, la necesidad de acordar acopio de materiales y ejecutar unidades distintas a las establecidas en el proyecto inicial.

El artículo 95.1 del TRLCAP establece para el contratista la obligación de cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva.

Primera posibilidad.

Ya hemos señalado que la Administración debió reajustar los plazos ante esa suspensión provocada por la modificación del proyecto, con conformidad del contratista (art. 96 del Rgto.), si no lo hizo es la culpable de ese retraso que exoneraría de culpa al contratista. Ahora bien, el contratista debió denunciar este incumplimiento y pedir el reajuste, al no hacerlo estamos en presencia de acto consentido que no podrá ser luego alegado como excusa o justificación de su incumplimiento respecto al plazo total de ejecución.

Segunda posibilidad.

Además, el contratista pudo solicitar una prórroga en la ejecución, de acuerdo con lo previsto en el artículo 100 del Reglamento que señala:

«1. La petición de prórroga por parte del contratista deberá tener lugar en un plazo de 15 días desde aquel en que se produzca la causa originadora del retraso, alegando las razones por las que estima que no le es imputable, señalando el tiempo probable de su duración a los efectos de que la Administración pueda oportunamente, y siempre antes de la terminación del plazo de ejecución del contrato, resolver sobre la prórroga del mismo...» (en este caso ese plazo de 15 días se inició cuando finalizó la modificación del proyecto que causó la suspensión de la ejecución).

«2. En el caso de que el contratista no solicitare la prórroga en el plazo anteriormente señalado, se entenderá que renuncia a su derecho, quedando facultada la Administración para conceder, dentro del mes último del plazo de ejecución la prórroga que estime conveniente...»

En este caso, al no haber utilizado esta previsión legal el contratista, debe entenderse que renunció a ella. Luego tampoco puede alegarla, a posteriori, como excusa a su incumplimiento.

Respecto a la facultad de la Administración de concederle esa prórroga, no es una obligación, sino como dice el precepto una «facultad». Sí parece que habida cuenta del escaso tiempo de retraso (tres meses) teniendo en cuenta la naturaleza de la obra (construcción de un polideportivo), así como los principios de buena fe, confianza legítima y, sobre todo, el interés público en juego (porque parece más perjudicial no otorgarle la prórroga que resolver el contrato lo que obligaría a buscar otro contratista o a hacer las obras por la propia Administración con el consiguiente, y probablemente, mayor retraso en la ejecución), aconsejarían que la Administración hiciera uso de esta facultad.

Tercera posibilidad.

Respecto al acopio de materiales y ejecución de nuevas unidades de obras, podrían fundamentar la concesión de la prórroga si su necesidad ha surgido recientemente y está en el plazo de esos 15 días a que antes hemos hecho referencia (no parece probable porque esto se sabría desde el momento en que se modificó el proyecto que acarreo la consabida suspensión).

b) Que el proyecto no establecía plazos parciales de ejecución, por lo que no se ha producido incumplimiento alguno.

En este argumento sí parece que tiene razón el contratista.

Parece una negligencia de la Administración no haber incluido los plazos parciales de ejecución en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, pues, en este sentido, el artículo 49.1 del TRLCAP señala que en el mismo se fijarán «... los pactos, condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato». Por su parte, el artículo 67 del Reglamento, apartado 3, letra c), referido al contrato de obras indica que se hará constar «el plazo total de ejecución del contrato e indicación de los plazos parciales, si la Administración lo estima oportuno, estos últimos».

Luego si, en este caso, no lo estimó oportuno y no los estableció, no puede exigir al contratista nada al respecto.

El relato de hechos dice textualmente «advirtiéndose por la dirección facultativa una ralentización del ritmo de ejecución al punto de apreciarse que no podrá ser ejecutada la obra en el plazo pactado, por lo que propone incoar expediente de resolución del contrato. Iniciado dicho expediente se aprecia que se ha ejecutado el 80% de las obras, y que al ritmo de ejecución actual las obras finalizarían a los 19 meses desde la fecha del acta de comprobación del replanteo».

La conclusión de todo esto es que la Administración ha puesto en marcha el expediente de resolución del contrato antes de finalizar el plazo total pactado, por tanto, en ese momento, no existía incumplimiento alguno por parte del contratista. La Administración se ha basado en suposiciones e hipótesis, tales que como, en ese momento, lo ejecutado era un determinado porcentaje presumía que incumpliría el plazo total. Pero esto no se puede saber hasta que, efectivamente, llegue el vencimiento de ese plazo y quede acreditado que no se finalizaron las obras. Ése será el momento oportuno para poder incoar un expediente de resolución por incumplimiento del plazo total de ejecución fijado. Hasta entonces, nada impediría que, en la recta final de la citada ejecución, el contratista, para cumplir el plazo, adoptara las medidas oportunas conducentes a finalizar las obras en plazo.

Es significativo, a este respecto, lo señalado en el artículo 100.2 del Reglamento que ya vimos con anterioridad. Acaba dicho precepto señalando que para el supuesto de que el contratista no hubiere pedido prórroga ni la Administración se la hubiere concedido porque «considere más aconsejable esperar a la terminación del plazo para incoar el expediente de resolución». Luego se debería haber esperado a ese momento para poner en marcha el referido expediente.

Todo ello sin perjuicio de que, en este caso, dado el escaso retraso en la ejecución (tres meses más de lo pactado), habida cuenta de que se trata de una obra de primer establecimiento, la pérdida de tiempo (posiblemente superior a ese retraso) que supondría el buscar nuevo contratista, e incluso los principios de buena fe y de confianza legítima que deben presidir la actuación administrativa (no olvidemos que existió una suspensión del contrato por culpa de la Administración al modificar el proyecto inicial de ejecución), hubieran aconsejado la concesión de una prórroga por tiempo de tres meses que era el preciso para finalizar la obra.

D) Petición del contratista para que se resuelva el contrato por mutuo acuerdo o se le conceda una prórroga.

a) Respecto al mutuo acuerdo se contempla como causa de resolución del contrato en el artículo 111 c). Por su parte, el artículo 112.4 sólo impide el juego de esta causa concurra otra causa de resolución. En el caso ya hemos analizado que en el momento en que se pide no concurría, todavía, causa de resolución alguna al no haberse llegado al vencimiento del plazo total de ejecución. Por tanto, la Administración podía acceder a lo pedido por el contratista.

b) Respecto a la prórroga, el referido anteriormente artículo 100 del Reglamento lo permitía. Ahora bien, disponía de 15 días desde la concurrencia de la causa para pedirlo y si no se entendía que renunció a la misma (aquí parece que, en principio, le había pasado ese plazo porque si alega como justificación de la misma que la modificación del proyecto inicial le obligaba a hacer nuevo acopio de materiales, esto había transcurrido hacía ya varios meses). De cualquier manera el mismo artículo 100 permite a la Administración su concesión de oficio que parecía lo aconsejable por lo ya apuntado con anterioridad.

E) Excusa del avalista para declinar su responsabilidad sobre la base de que el plazo de la garantía pactado con el contratista (12 meses) había transcurrido.

Debemos señalar que el TRLCAP permite la garantía prestada por avalista en el artículo 46.1 debiendo ser parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada (art. 46.2). De manera que debió citársele al expediente de resolución de contrato puesto en marcha contra su avalado.

Por su parte, el artículo 56 del Reglamento señala los requisitos para que un aval pueda ser admitido como garantía, en concreto, dice en su apartado 1 B) «el aval será de duración indefinida permaneciendo vigente hasta que el órgano a cuya disposición se constituya resuelva, expresamente, declarar la extinción de la obligación garantizada y la cancelación del aval». En su apartado 3.º dispone «el cumplimiento de los requisitos exigidos en el apartado 2.º se acreditará por declaración responsable de la entidad avalista según el modelo en el Anexo V de este Reglamento». En ese Anexo se dice expresamente que «la entidad avalista declara bajo su responsabilidad que cumple los requisitos previstos en el art. 56.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas».

Por lo tanto, es improbable que la Administración pudiera admitir un aval en estas condiciones, es decir, por un plazo determinado. Si así lo hizo habría incumplido el mandato normativo antes señalado y entendemos que tal cláusula no tendría validez alguna porque iría contra la normativa señalada.

• SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley 7/1985 (LBRL), arts. 46.2 y 56.1.
- Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), arts. 48, 57, 58 y 59 y disp. adic. primera.
- Ley 29/1998 (LJCA), art. 46.1.
- RDLeg. 2/2000 (TRLCAP), arts. 46, 68, 95, 111, 112, 142, 146, 149, 196 y 210.
- RD 2568/1986 (Rgto. de Funcionamiento de las Entidades Locales), arts. 78.2 y 4, 80.3, 82.2 y 4, 91.1, 196 y 220.
- RD 1098/2001 (Rgto. de ejecución de la LCAP), arts. 56, 67.3, 96.2, 100, 109 y 159.