CONSEJO CONSULTIVO
DE CASTILLA Y LEÓN

Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero
Sr. Fernández Costales, Consejero
Sr. Pérez Solano, Consejero
Sr. Quijano González, Consejero y Ponente
Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Besteiro Rivas, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Valladolid el día 15 de septiembre de 2005, ha examinado el *expediente relativo a la resolución del contrato administrativo suscrito por el Ayuntamiento de xxxxx y la empresa ppppp, S.L.,* y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I
ANTECEDENTES DE HECHO

El día 3 de agosto de 2005 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a la resolución del contrato administrativo para la instalación inalámbrica vía satélite de internet en xxxxx, suscrito por el Ayuntamiento de dicho municipio y la empresa ppppp, S.L.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 3 de agosto de 205, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 750/2005, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación del mismo, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Quijano González.

Primero.- En el seno del Ayuntamiento de xxxxx, previa la presentación de diversos proyectos por distintas empresas del sector, el Pleno de la Corporación, por unanimidad, acuerda, el 2 de junio de 2004:

"1º.- Aprobar el estudio de Acceso Internet Banda Ancha elaborado por ppppp, S.L., (...) con presupuesto total por importe de

veintinueve mil trescientos cincuenta y tres euros con cuarenta y un céntimos (29.353,41 euros).

»2º.- Comprometerse a dotar de consignación adecuada y suficiente las correspondientes partidas de gasto del presupuesto municipal vigente para hacer frente a las obligaciones derivadas del presente acuerdo".

En esta resolución se considera que el contrato a celebrar se trata de un contrato menor de los regulados en el artículo 56 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por no superar el mismo la cuantía señalada en el artículo 121 de dicha norma.

La anterior resolución se notifica a ppppp, S.L. el 8 de junio de 2004.

Segundo.- El 23 de junio de 2004 se constituye por la empresa adjudicataria garantía definitiva por importe de 1.174,14 euros, mediante aval solidario prestado por la entidad financiera vvvvv.

Tercero.- La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el 13 de agosto de 2004, resuelve "inscribir, en el Registro Especial de Titulares de autorizaciones generales, a la entidad Ayuntamiento de xxxxx como persona autorizada para ejercer la actividad consistente en la explotación de una red de comunicaciones electrónicas mediante la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común (RLAN-WIFI), incluyendo los datos objeto de la primera inscripción que se detallan en el Anexo a esta resolución."

Cuarto.- Por escrito presentado en el registro del Ayuntamiento el día 24 de agosto de 2004, la empresa ppppp, S.L. solicita de los destinatarios del servicio, y a través de un modelo normalizado, la información relativa a los servicios que se desee contratar.

Quinto.- Por escrito presentado en el Ayuntamiento el día 18 de noviembre de 2004, la referida empresa manifiesta lo siguiente:

"En primer lugar informarle que los plazos de instalación vaticinados por nuestro Departamento de Ingeniería se han realizado en base a la propuesta inicial, pactada con este Ayuntamiento (...) con fecha de adjudicación 04/06/2004. (...).

»El día 5 de octubre se le indica al ayuntamiento la imposibilidad de seguir con las instalaciones de las antenas por encontrarnos con pormenores en la instalación (...).

»A fecha de hoy, la instalación de la red wireless está totalmente desplegada, instalada y en perfecto funcionamiento (...).

»Por otra parte y totalmente ajeno a la contratación inicial con este Ayuntamiento, se nos ha designado para contratar de forma individual la instalación y acceso a Internet de los usuarios que mediante solicitud ante este lo hayan solicitado.

»A partir de este escrito la empresa ppppp da por finalizada su instalación, que es la que se acordó a través de este Ayuntamiento y les ruega sean abonadas las facturas correspondientes a la totalidad de los importes suministrados (...).

»Así como también se acuerda el pago de forma inmediata del 50% de la adjudicación de este Ayuntamiento, hacia ppppp hecha en 4/06/2004 en concepto de estudio y realización del proyecto y como figura en la factura nº 378."

Se acompaña a dicho escrito la factura correspondiente al estudio y realización del proyecto y los albaranes de entrega correspondientes.

Sexto.- Consta en el expediente el informe de un ingeniero de telecomunicaciones de 7 de febrero de 2005, en el manifiesta su parecer sobre el "suministro del servicio de telecomunicaciones en banda ancha en el Área de xxxxx". Informa:

"1.- Los equipos instalados se pueden considerar suficientes para un correcto funcionamiento de la red.

»2.- La red en la actualidad no funciona correctamente como pude apreciar en los ordenadores del interior del edificio y en las mediciones realizadas.

»3.- Alguno de los usuarios de la localidad no disponen de servicio satisfactorio.

»4.- La Red estaba fuera de servicio por bloqueo de los ordenadores que la gestionan".

Como conclusión de las mediciones señala que el comportamiento de la red "no es correcto", estima que "se puede deber a un mal funcionamiento del sistema de transmisión", debido a una o varias de las causas que se citan en el informe.

Finalmente, sobre la cuestión de si el tiempo transcurrido desde la instalación hasta la fecha es suficiente para que la red funcionase correctamente, indica que, en su opinión, "toda la red debería estar funcionando correctamente".

Séptimo.- Consta el requerimiento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones al Ayuntamiento para que éste presente una declaración por los ingresos de la explotación del servicio, así como la respuesta del Ayuntamiento que, por escrito de 14 de marzo de 2005, advierte a aquélla que "no se han percibido todavía ingresos por prestación de dichos servicios, ya que la empresa que realiza la obra de acceso a Internet vía satélite en el municipio (...) no ha terminado aún y no se dispone por ningún vecino de dicho acceso a internet.

»Ante este incumplimiento, ya se han iniciado los trámites para rescisión de contrato con dicha empresa".

Octavo.- El 12 de abril de 2005 el Secretario del Ayuntamiento certifica el contenido de la sesión plenaria del Ayuntamiento del día anterior, en la que se acuerda por unanimidad "rescindir la relación contractual con ppppp (...) se abre un plazo de audiencia de 15 día hábiles.

»De no alegarse nada por el interesado, se declara la resolución del contrato por demora e incumplimiento de las obligaciones del adjudicatario, así como la incautación de la garantía prestada por ppppp, como parte de reparación del perjuicio causado al Ayuntamiento".

El anterior acuerdo trata de notificarse al interesado por correo certificado, pero es devuelto por el servicio de correos como "rehusado", por lo que la notificación se practica mediante la publicación de edictos en el tablón de anuncios del propio Ayuntamiento, así como en el de xxxxx, y la publicación en el "Boletín Oficial de la Provincia de xxxxx".

El 6 de mayo de 2005 se le notifica al avalista.

Se dirige el escrito igualmente a ggggg, como concedente de una subvención al Ayuntamiento por la implantación del sistema, sin que conste documento alguno de la notificación practicada.

Noveno.- Consta informe del secretario del Ayuntamiento, de 5 de mayo de 2005, sobre los trámites exigidos legalmente para la resolución del contrato administrativo. Se manifiesta como causas de la resolución que "la obra fue adjudicada a ppppp, S.L. que tras al menos dos meses sin realizar obra alguna, ha dejado pendiente el correcto funcionamiento del sistema e incumplido sus obligaciones como adjudicatario de la obra. De los 150 usuarios, solo una veintena disfrutaron del servicio y durante poco tiempo. (...)".

Décimo.- Finalmente, por escrito presentado el 25 de mayo de 2005, la empresa ppppp, S.L. formula las siguientes alegaciones:

"El día 29/10/2004 mediante una reunión (...) se les pasa presupuestos sobre las mejoras comentadas anteriormente (...). Cual es nuestra sorpresa que en ese mismo acto nos dicen que de eso nada, que va a pensar la oposición de todo esto (...) que si queremos continuar que lo pongamos nosotros o sino que nos lo llevemos todo, con la inversión realizada por nuestra parte con lo cual y según presupuesto adjunto nuestra empresa se ve obligada a poner de su propio capital 13.958,71 euros, y a la entrega de un ordenador personal por un valor de 1.216,33 euros, si queríamos seguir adelante con todo viéndonos extorsionados por este tema (con albarán de entrega firmado).

»Con fecha 28/11/2004, la empresa ppppp da por finalizada su instalación lo cual traslada a este Ayuntamiento, que es la que se acordó a través de éste y les ruega sean abonadas las facturas correspondientes a la totalidad de los importes suministrados e informados (...). A la fecha de este escrito están sin cobrar estas facturas más el dinero que hemos puesto nosotros y el ordenador personal que en sus instalaciones tienen, total que este Ayuntamiento nos debe 30.617,35 euros.

»Llegados a este punto, por la falta de pago de la instalación, y sentirnos extorsionados, esta empresa se ve en la obligación de cortar toda relación con este Ayuntamiento (...). Nuestra empresa es un pequeño comercio y en este Ayuntamiento nos han confundido con grandes empresas de la magnitud de ONO, Telefónica, etc.".

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II
CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h),3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla A), apartado e), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

2ª.- La normativa aplicable se contiene en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP), por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y por el resto de disposiciones aplicables.

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme dispone el artículo 59 del TRLCAP, esto es, en el presente caso, y a pesar de no constar el documento que refleje la formalización del contrato, parece corresponder al Pleno de la Corporación municipal, puesto que es el mismo el que, por unanimidad, acuerda el 2 de junio de 2004 la adjudicación del contrato a la empresa ppppp, S.L.

En lo relativo al *iter* procedimental, se encuentra previsto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que, con observancia de la reglas establecidas en el artículo 59 del texto refundido de la Ley, sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.

b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos de los artículos 41 y 96 de la Ley.

d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

En el presente caso, puede afirmarse que consta en el expediente la documentación sustancial exigible para la resolución del contrato.

No obstante, es preciso poner de relieve que entre los documentos que se han remitido a este Consejo no figura el documento de formalización del contrato que ahora se pretende resolver, que sería el que debería fijar los aspectos atinentes al mismo, tales como el plazo de ejecución y las obligaciones del contratista, entre otros. Ello puede deberse a la consideración que el Ayuntamiento realiza en el Acuerdo de 2 de junio de 2004, relativo a la adjudicación del contrato, sobre la naturaleza de éste como contrato menor, con base en lo dispuesto en el artículo 121 del TRLCAP, puesto que su cuantía no excede de 30.050,61 euros. Pero es preciso manifestar que dicha calificación resulta errónea, puesto que dicho precepto se refiere al contrato administrativo de obras y, como tal, no puede calificarse el que ahora venimos examinando, que, de acuerdo con la documentación remitida, constituye un contrato mixto de consultoría y asistencia y de suministro. Por ello, el expediente de contratación debería de haber estado conformado por todos los trámites exigidos para la generalidad de los contratos administrativos y no meramente por la aprobación del gasto y la incorporación de las facturas correspondientes.

Hecha esta consideración preliminar, el contenido del presente dictamen se ciñe exclusivamente al expediente de resolución del contrato que se ha iniciado por el Ayuntamiento, considerando como características sustanciales del contrato las fijadas en el proyecto aportado por la empresa.

Por otro lado, en lo referido a la necesaria oposición por parte del contratista a la pretendida resolución, que hace que el presente dictamen sea considerado como preceptivo, la misma resulta del escrito de alegaciones presentado por la empresa adjudicataria el 25 de mayo de 2005, en la medida en que ppppp, S.L., alega que desde que la empresa dio por finalizada la

instalación el 28 de noviembre de 2004, no le han sido abonadas las facturas emitidas, ni "el ordenador personal" que existe en las instalaciones del Ayuntamiento.

3ª.- Vistas las cuestiones referentes al régimen jurídico aplicable y requisitos formales, procede determinar si concurre causa que ampare la resolución contractual pretendida y, en su caso, los efectos que de ésta pudieran derivarse.

El Ayuntamiento fundamenta la pretendida resolución del contrato, según parece deducirse del Acuerdo adoptado por unanimidad de los miembros del Pleno de la Corporación municipal, en la causa recogida para la generalidad de los contratos administrativos, en la letras e) y g) del artículo 111 del TRLCAP, es decir, en la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y en el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales.

La intervención del Consejo Consultivo en un caso como el presente ha de centrarse en examinar la concurrencia de las causas de resolución alegadas, y si los incumplimientos pueden considerarse imputables al contratista, al objeto de sopesar lo fundado de la pretensión resolutoria de la Administración.

A este respecto, ha de señalarse que el artículo 113.4 del TRLCAP establece que "cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía".

Por su parte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 95.3 del mismo texto normativo, "cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades (...)".

El Ayuntamiento pretende resolver el contrato administrativo, basándose en el informe del ingeniero de telecomunicaciones de 7 de febrero de 2005, elaborado tras la comprobación, en las propias dependencias municipales, del estado de ejecución del contrato. Este informe manifiesta que "los equipos instalados se pueden considerar suficientes para un correcto funcionamiento de la red".

Es preciso poner de relieve que en lo que se refiere a la causa de resolución por incumplimiento de las obligaciones del contratista que, como ha declarado la doctrina más autorizada, no cualquier incumplimiento puede provocar la resolución del contrato. La legislación de contratos administrativos exige que se trate del incumplimiento de obligaciones contractuales "esenciales". Sólo cuando la obligación incumplida constituya un aspecto esencial en el contexto de la relación jurídica entablada entre las partes contratantes, podrá llegarse a la resolución del contrato.

En el presente caso, en el contexto de la relación jurídica contractual que se examina, es evidente que el cumplimiento irregular que ha dado origen al presente expediente no puede ser calificado de incumplimiento grave culpable del contratista, o al menos en lo que afecta a una parte del contrato, puesto que del examen de la documentación remitida a este Consejo se han ido encomendando al contratista prestaciones no previstas inicialmente, en un aparente tracto sucesivo de servicios, que se fueron aceptando por la Administración hasta que se pone de relieve por ésta esa deficiente ejecución. Por ello, únicamente puede imputarse al contratista el incumplimiento de sus obligaciones en la parte del contrato, que, dado el difícil deslinde que se le presenta a este Órgano –puesto que no existen pliegos que sobre el contrato establezcan las necesarias prescripciones que lo regulan–, se han de determinar con base en el informe del ingeniero de telecomunicaciones. Por ello las prestaciones que constituyan esa parte del contrato han de ser abonadas en debida forma por la Administración, de acuerdo con la factura y los albaranes de entrega que constan en el expediente.

Sin embargo, en lo atinente al funcionamiento de la red, el referido informe del ingeniero de telecomunicaciones pone de manifiesto que el mismo se desarrollaba "con transmisión inestable en todos los sectores e incluso con cortes en la transmisión", calificándolo expresamente como "no correcto". El informe, además, apunta que este defecto "puede deberse a un mal funcionamiento del sistema de transmisión", así como que el tiempo transcurrido desde la instalación de los equipos era "suficiente para que la red debiera estar funcionando correctamente".

A la vista de todo lo expuesto, la solución del presente asunto, en una valoración conjunta a la vista de los hechos y de la documentación efectivamente aportada, debe ir por la vía de la resolución formal del contrato con base, por un lado en el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones esenciales, que –como se ha indicado anteriormente– no puede

extenderse a la instalación de los equipos necesarios ni al estudio del proyecto, dado el puntual cumplimiento de esta parte del contrato, y, por otro, en la demora en el cumplimiento del plazo de ejecución del contrato, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 95.3 y 111 letra e) del TRLCAP, puesto que a pesar de no existir o no haberse incorporado al expediente documento de formalización del contrato administrativo, el retraso se deduce de lo indicado en el citado informe del ingeniero de telecomunicaciones, así como del propio escrito de alegaciones de la empresa adjudicataria de 25 de mayo de 2005, cuando admite que "es cierto que hay algunos vecinos sin conectar o afectados por una serie de interferencias (...)".

En este sentido, además, merece la pena destacar que de su escrito de alegaciones puede afirmarse que la empresa no parece discutir la deficiente ejecución del contrato, y el retraso existente, precisando que "nuestra empresa es un pequeño comercio (...)". E incluso parece deducirse que ella también pretende resolver el contrato suscrito al señalar que "esta empresa se ve en la obligación de cortar toda relación con este Ayuntamiento (...)", si bien sostiene su derecho a percibir el importe de las facturas y albaranes de entrega de los servicios y prestaciones que efectivamente hayan sido recibidos e instalados.

A estas pretensiones de la empresa debe dar satisfacción el Ayuntamiento, como se dijo anteriormente, lo que no obsta que éste se incaute la garantía definitiva prestada mediante aval solidario por la entidad vvvvv. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 113.4 del TRLCAP, este Consejo considera procedente dicha incautación, dado que ha existido un incumplimiento del contrato imputable al contratista y, por ende, "le será incautada la garantía", de acuerdo con el referido precepto.

En el Acuerdo relativo a la pretendida resolución del contrato, que se ha admitido por este Consejo como propuesta de resolución, se indica expresamente que "de no alegarse nada por el interesado, se declara la resolución del contrato por demora e incumplimiento de las obligaciones del adjudicatario, así como la incautación de la garantía prestada por ppppp, como parte de reparación del perjuicio causado al Ayuntamiento".

El perjuicio causado al Ayuntamiento, del tenor literal de dicha propuesta, parece exceder en términos económicos del importe de la garantía definitiva prestada, al ser ésta una "parte de reparación del perjuicio". Sin embargo, este Consejo no puede pronunciarse sobre la indemnización que hubiera podido corresponder a la Administración por los daños y perjuicios

causados por aquél, al no resultar acreditado daño alguno y al no haberse hecho referencia alguna en el expediente a la posible cantidad a solicitar al contratista por este concepto.

III
CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede resolver, en los términos expuestos, el contrato administrativo para la instalación inalámbrica vía satélite de internet en xxxxx, suscrito por el Ayuntamiento del dicho municipio y la empresa ppppp, S.L.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.