

Expediente Núm. 406/2009
Dictamen Núm. 403/2009

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 17 de diciembre de 2009, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 21 de octubre de 2009, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de ampliación del cementerio de Arenas de Cabrales, adjudicado a la empresa

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Por Resolución de la Alcaldía de 11 de diciembre de 1995, se concede “la realización de la ampliación del cementerio de Arenas de Cabrales” a la empresa sometida a este procedimiento resolutorio, “en los términos en que hace su propuesta y a su riesgo y ventura”.

En los antecedentes de esta Resolución figura que se adopta “vistas las propuestas presentadas” por dos mercantiles, que se mencionan, y “el informe de la Comisión Municipal de Urbanismo”.

2. Obra incorporada al expediente la documentación del procedimiento seguido en la adjudicación del referido contrato, que se contrae a:

a) Una "memoria técnica de ampliación del cementerio de Arenas", descriptiva de las obras a realizar y sus requerimientos constructivos, suscrita por el Técnico Municipal.

b) Un Bando informativo, fechado el 10 de marzo de 1995, por el que se convoca a los interesados en la ejecución de la obra, consistente en "construcción de muro" y "construcción de nichos", para que presenten sus ofertas, las cuales han de incluir una "memoria donde consten los materiales a emplear, el diseño y el precio de venta resultante por nicho" y un "compromiso de ejecución en plazo expreso". Añade el Bando que "el adjudicatario deberá realizar la obra por su cuenta y poner a la venta, en el precio señalado, las sepulturas".

c) Copia de la propuesta presentada por la adjudicataria, fechada el 27 de marzo de 1995, en la que se reseña, en el primer inciso, "detalle constructivo y calidad de materiales a tenor de la memoria redactada por el Técnico Municipal. El nuevo muro que acotaría la ampliación del cementerio estaría chapeado, en la cara exterior". Se señala, asimismo, que la construcción de nichos "se llevaría a cabo en dos o tres fases, según la demanda. En principio se pondrían a la venta unos 57 nichos y si la respuesta de los compradores fuese satisfactoria, continuaríamos con una segunda fase". En relación con este particular, se añade que "el plazo previsto para culminar las obras podría establecerse en 18 meses desde el inicio de las mismas y siempre que se cumpla la demanda de los citados nichos. En el supuesto de no haber solicitudes para la totalidad de la ampliación estudiaríamos con el propio Ayuntamiento la dilatación de los plazos". En cuanto al precio, se manifiesta que "quedaría establecido, durante el presente año, en la cantidad de setenta y cinco mil pesetas, más el Impuesto sobre el Valor añadido (...). A partir del día 1 de enero, si quedase alguno en venta, llevaría un incremento del 15%, más el IVA vigente en ese momento".

3. Se incorporan a las actuaciones la certificación del Secretario municipal, dando traslado a la adjudicataria de la Resolución de la Alcaldía por la que se le encarga la obra, y un escrito de la empresa dirigido al Ayuntamiento, con fecha 28 de mayo de 1996, en el que se indica que “durante la presente semana comenzará las obras (...) y la venta de nichos durante los próximos seis meses se establecerá (en) el precio de 75.000 (...) pesetas, más el 16% de IVA”.

4. Con fecha 9 de junio de 2009, el Arquitecto Técnico Municipal libra informe, “en relación con la petición de Secretaría sobre el estado actual de las obras del cementerio”. En él se hace constar que “las obras llevan paradas desde hace más de 4 años; la causa debe ser que no hay suficiente venta de nichos y no es rentable para que el contratista continúe”. Se relacionan a continuación las partes ejecutadas y las que le “faltan por realizar a la empresa constructora según memoria técnica”, y que son las de: “explanación y ajardinamiento (zona Norte)./ Ejecución de soleras de apoyo nichos Sur y ½ Oeste./ Ejecución de nichos zona Sur y Oeste./ Ejecución de trastero de esquina./ Colocación de granito en la mitad de los nichos aprox./ Forrado de piedra del resto de muros de cierre”. Se añaden finalmente las “obras que faltan por realizar a la empresa constructora y que realizó el Ayto. con sus obreros, ya que como estaba la obra parada, se quería abrir el cementerio”, citándose los de “forrado de piedra de los muros (...). Excavación y desmonte de la zona Sur de la ampliación./ Cimentación del muro y ejecución de muro de cierre Sur y ½ del Oeste./ Ajardinamiento zona Norte”.

Se acompañan al informe unas fotografías del camposanto.

5. Con fecha 9 de junio de 2009, el Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Cabrales emite informe en el que se aprecian “incumplimientos graves por parte del contratista que afectan a las obligaciones contractuales esenciales”. Como tales, se mencionan la falta de ejecución de las obras descritas en el informe del Arquitecto Técnico Municipal; que “no se conoce el precio de venta de los

nichos en el momento actual (...), existiendo indicios de que el precio autorizado (...) ha sido superado”, y que “no se tiene ningún conocimiento del número de nichos vendidos, la identificación de los compradores (...), los nichos libres (...) y el nicho que corresponde al Ayuntamiento”. Se añade que esta indeterminación “ha obligado al Ayuntamiento a abrir un procedimiento de investigación”, al objeto de concretar cuáles son “los nichos que quedan por vender (...) y (...) el nicho exacto que corresponde a cada adquirente”.

Deja constancia el Secretario-Interventor que “la disponibilidad de nichos en el cementerio municipal debe (...) hacerse a través de la figura de la concesión”, y no de la compraventa, ya que estamos ante bienes de dominio público, si bien no se deduce de ello una imputación al contratista, que “en este punto parece actuar de buena fe”.

6. Consta el traslado a la adjudicataria, con fecha 15 de junio de 2009, del escrito de la Alcaldía del día 10 del mismo mes, por el que se le comunica que “se ha decidido iniciar expediente para la resolución del contrato por incumplimiento del contratista”, y se le requiere para que “en el improrrogable plazo de 20 días presente (...) la siguiente documentación:/ Las causas por las que no se han ejecutado las obras descritas en el informe técnico. Así como el compromiso expreso de ejecutarlas en el plazo que estipule la Administración, puesto que el plazo de 18 meses recogido en la oferta presentada ha sido ampliamente rebasado./ El precio de venta de los nichos en el momento actual. Teniendo en cuenta que el precio autorizado por el Ayuntamiento es de 606,54 € (...), por ser éste el de la oferta presentada (...). El número de nichos vendidos, la identificación de los compradores (...), los nichos libres (...) y el nicho que corresponde al Ayuntamiento”.

Se le advierte expresamente de que la no contestación en plazo “dará lugar de forma inmediata a la rescisión del contrato por incumplimiento grave”.

7. Con fecha 9 de septiembre de 2009, la Alcaldía del Ayuntamiento de Cabrales resuelve “iniciar el procedimiento de resolución del contrato (...),

dando el correspondiente trámite de audiencia al contratista". Se funda la decisión administrativa en que la falta de respuesta al requerimiento efectuado supone una negativa a informar sobre los motivos de "no ejecución de (las) obras a las que viene obligado en base a lo previsto en la memoria" y "sobre el precio de venta de los nichos, teniendo el Ayuntamiento noticias de que éste es superior al previsto en el contrato", así como a facilitar un "listado de los nichos que se han vendido, los que restan por vender" y de las "personas a las que se han adjudicado".

8. Tras la comunicación al contratista de la apertura del procedimiento resolutorio y las causas en que se funda, aquél presenta, en la oficina de Correos de Cangas de Onís el día 24 de septiembre de 2009, un escrito de alegaciones en el que se opone a la resolución contractual. En él manifiesta la mercantil que en el pliego de condiciones de su oferta se recoge que "no se ejecutaría más allá de la primera fase en tanto en cuanto no se hubieran vendido la totalidad de los nichos construidos", puntualizando que "a día de la fecha quedan doce nichos por vender". En cuanto a las obras pendientes, señala que corresponden a "lo que en su día se pactó como una segunda ampliación, que no puede ser llevada a cabo en tanto en cuanto no se vendan todos los nichos". Respecto al forrado de piedra que realizó el Ayuntamiento, reseña que "la contrata sólo se comprometió al chapeado en piedra natural de la cara exterior del muro" y, finalmente, en lo que atañe a la venta de nichos con sobreprecio, la adjudicataria sostiene que "tal aseveración es totalmente falsa, cuando la realidad es que, debido a la sobreoferta existente (...), no se venden".

9. Con fecha 29 de septiembre de 2009, el Secretario-Interventor del Ayuntamiento emite un informe en el que subraya que no queda desvirtuado el informe técnico en cuanto a las obras "ejecutadas por el Ayuntamiento con sus propios medios para poder abrir el cementerio", amén de las que quedan pendientes.

Remarca, a continuación, que, dada la negativa del contratista a suministrar información, “posiblemente por su desconocimiento debido a la deficiente gestión”, los vecinos que han adquirido un nicho no saben “cuál han comprado”, no se tiene constancia realmente de “los nichos que quedan por adjudicar”, ni tampoco “a quien y en base a qué resolución se ha adjudicado el (...) que corresponde al Ayuntamiento”.

Por último, añade que “el contratista falta a la verdad cuando afirma (...) que los nichos se están vendiendo en un precio no superior a 606 €”.

Adjunta una copia del Bando de la Alcaldía por el que se inicia un procedimiento de ordenación de nichos, requiriendo a los adquirentes para que presenten la documentación que posean y de una factura de compra facilitada por uno de ellos y librada por la adjudicataria, con fecha 22 de septiembre de 2008, por importe de 660 €.

10. Con fecha 30 de septiembre de 2009, el Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Cabrales formula propuesta de resolución en la que concluye que procede “rescindir el contrato (...), por incumplimiento del contratista”, en base a los siguientes motivos: “falta de ejecución de parte de las obras a las que estaba obligado./ Negligencia absoluta para adjudicar los nichos sin que se pueda precisar los que se han adjudicado, a qué personas, la numeración y el que corresponde al Ayuntamiento./ Adjudicar nichos por encima del precio autorizado en el contrato./ Negarse a suministrar a la Administración la información solicitada, haciéndolo incluso de forma contradictoria (en relación al precio de los nichos) con los datos obrantes en el Ayuntamiento”.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 21 de octubre de 2009, registrado de entrada el día 27 del mismo mes, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de ampliación del cementerio de Arenas de Cabrales, adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Cabrales, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Con relación a la naturaleza jurídica del contrato que trata de enablarse, hemos de observar -sin entrar ahora en la validez del vínculo establecido- que falta en el expediente de contratación un documento que recoja una calificación expresa del negocio, si bien queda patente que su objeto primario y esencial consiste en la ejecución de una obra pública, que se levanta en suelo público municipal, aunque la contraprestación se ha fijado por referencia al precio de cada nicho, que debe abonarse por los adquirentes de los derechos mortuorios.

A la vista de estos elementos, no cabe, en rigor, calificarlo como contrato de concesión de obras públicas, cuya ordenada regulación es incluso posterior a este negocio jurídico, o contrato de concesión de servicios, tal como lo disciplina el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (artículos 114 y siguientes), pues el servicio prestado por el contratista a los usuarios se limita a una operación de tracto único o de realización instantánea, cual es la enajenación de los nichos, sin que el precio de esa transmisión pueda reconducirse a la idea de tarifa ni exista un plazo

concesional durante el que surjan obligaciones distintas a las dimanantes de la mera ejecución de la obra.

El contrato efectivamente celebrado no podría tampoco subsumirse en la categoría del contrato de obras, aunque su objeto sea éste, pues uno de sus elementos esenciales -el precio, abonado por la Administración contratante- presenta en este supuesto contornos radicalmente separados de aquel contrato típico.

En cualquier caso, debemos concluir que nos hallamos ante un contrato administrativo y, por razón del tiempo en que fue adjudicado (11 de diciembre de 1995), resultan de aplicación a su régimen jurídico sustantivo el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (en adelante TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril; el Decreto de 9 de enero de 1953, por el que se aprueba el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales; el Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP), y el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado. Asimismo, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), establece en su disposición transitoria primera que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor se registrarán, en cuanto a su extinción, entre otros aspectos, por la normativa anterior. Ahora bien, para la determinación de la ley aplicable al procedimiento extintivo y a la competencia del órgano que debe acordarla hemos de remitirnos al momento de incoación del procedimiento, en este caso el 9 de septiembre de 2009, fecha en la que estaba vigente la LCSP.

Dentro del referido marco legal, el régimen sustantivo del contrato ha de ser, con carácter preferente, el contenido en sus propias normas, apareciendo en este caso una "memoria técnica" -cuya formal aprobación no consta, pero que pretende hacer las veces de pliego de prescripciones de tal carácter- y la oferta presentada por la propia adjudicataria, que relaciona precios y plazos,

remitiendo el “detalle constructivo y calidad de materiales” a la antedicha memoria técnica.

Conforme a lo establecido en el artículo 114 del TRRL, el órgano de la entidad local competente para contratar podrá acordar la resolución de los contratos celebrados con los límites, requisitos y efectos legales. En tal sentido, a tenor de lo dispuesto en el artículo 60 de la LCAP, el órgano de contratación ostenta, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados legalmente, la prerrogativa de “acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”.

El ejercicio de dichas prerrogativas, a fin de garantizar no sólo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. Si se incumple el procedimiento, la imputación de la causa resolutoria pierde su legitimación, pues como acabamos de señalar, aquella potestad sólo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley.

A tenor de lo indicado, debemos señalar que, acordado el inicio del procedimiento para la resolución por el órgano competente, ha sido instruido, en lo esencial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 207 de la LCSP, que se remite a la regulación reglamentaria, y en el artículo 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Esta última norma sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos: audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en caso de propuesta de oficio (tal como se reitera en el artículo 114.2 del TRRL); audiencia, en el mismo plazo, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía, e informe del Servicio Jurídico, “salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley”. Además, tratándose de una entidad local, resulta igualmente preceptivo el informe de la Intervención de la entidad, según dispone el artículo 114 del TRRL. Finalmente, también es preceptivo el dictamen de este Consejo

Consultivo, cuando, como sucede en este caso, se formula oposición por parte del contratista.

En el supuesto que analizamos se cumplen sustancialmente tales requisitos, puesto que se ha incorporado al expediente el informe del Servicio Jurídico, el cual, refiriéndonos a una entidad local, ha de evacuarse, a tenor de lo dispuesto en el artículo 113.4.^a del TRRL, por la Secretaría respectiva, y se ha dado la preceptiva audiencia a la empresa contratista, que se opone a la resolución. Constan en él, asimismo, la documentación generada por el expediente de contratación, un informe técnico sobre las obras que no han sido ejecutadas, el informe de la Intervención (ya que el Secretario-Interventor del Ayuntamiento reúne ambas funciones reservadas y se pronuncia sobre el trasfondo jurídico y económico de la controversia) y la propuesta de resolución. Esta documentación la juzgamos suficiente para la correcta determinación y comprobación de los datos sobre los que debe pronunciarse la resolución que finalmente ponga fin a este procedimiento.

TERCERA.- Ahora bien, al lado de los requerimientos procesales, y antes de entrar a conocer el fondo de la cuestión debatida, hemos de detenernos en un presupuesto sustantivo de cualquier procedimiento de resolución contractual, como es la validez misma del vínculo que trata de disolverse. Huelga recordar que la resolución de un negocio, con sus efectos *ex nunc*, comporta el reconocimiento de su validez y eficacia hasta entonces, lo que es incompatible con la nulidad originaria del contrato, pues ésta, con sus efectos *ex tunc*, priva de toda eficacia al sustrato sobre el que aquélla extinción sobrevenida pretendía operar, desapareciendo el objeto mismo del procedimiento resolutorio. Dicho en otros términos, si en el curso de un procedimiento de esta naturaleza queda de manifiesto la posible concurrencia de causa de nulidad radical, procede articular el oportuno procedimiento y declarar, en su caso, esa nulidad originaria, sin que pueda disolverse el vínculo contractual por un vicio sobrevenido. Ello tiene consecuencias importantes, pues la nulidad y la resolución -así como la eventual liquidación del contrato- quedan sujetas a regímenes jurídicos

diferenciados, disciplinándose en el artículo 66.1 de la LCAP los efectos de la declaración de nulidad.

En el caso que nos ocupa, esa regulación de fondo, habiéndose adjudicado el contrato en diciembre de 1995, es la contenida en la LCAP y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC). La primera de las leyes citadas relaciona en su artículo 63, con remisión al 62 de la segunda, las causas de nulidad de Derecho Administrativo, contemplando también, en su artículo 67, las causas de invalidez de Derecho Civil.

En el supuesto sometido a nuestra consulta, resulta llamativa la extrema parquedad del expediente de contratación, cuya documentación se contrae a una memoria técnica carente de aprobación formal; un Bando de la Alcaldía que, sin remisión a pliego alguno, hace las veces de publicidad; una oferta redactada en términos imprecisos, y la resolución de adjudicación del contrato, “visto el informe de la Comisión Municipal de Urbanismo”, el cual no se adjunta.

Este irregular proceder nos conduce a plantear la posible concurrencia de la causa de nulidad recogida en el artículo 62.1.e) de la LRJPAC, referida a los actos dictados prescindiendo “total y absolutamente” del procedimiento legalmente establecido, partiendo de que la radical sanción se predica de los supuestos en que falte por completo, de un modo manifiesto y terminante, el procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo, sin que la mera omisión de un trámite constituya necesariamente por sí sola un vicio de nulidad, tal como viene reiterando la jurisprudencia.

Pues bien, a la vista de lo actuado, se deduce que el procedimiento que debió regir esta contratación era el ordinario, pues no se justifica la urgencia o emergencia, ni se limitan la cuantía y la duración de forma que permitan acudir a la tramitación propia de un contrato menor, siendo de notar que, estando inicialmente indeterminados tanto la cuantía como el plazo de ejecución, ambos exceden en definitiva de los umbrales vigentes para los contratos menores. Precisado el procedimiento aplicable, observamos la radical ausencia de pliegos de cláusulas administrativas o de condiciones y de prescripciones técnicas -pues

la memoria que pretende suplantar a este último ni siquiera está aprobada por la autoridad competente-, lo que se une a una carencia absoluta de la publicidad exigible a la convocatoria -ya que el Bando de la Alcaldía se muestra desligado de la pertinente documentación contractual y no constituye medio hábil al efecto-. En suma, la tramitación prescinde ab initio, "total y absolutamente" del procedimiento legalmente establecido, lo que provocaría la nulidad del acto de adjudicación, y ello, a tenor del artículo 66 de la LCAP, llevaría consigo la del mismo contrato.

Por otro lado, entre las causas de invalidez de Derecho Civil, a que se remite el artículo 67 de la entonces vigente LCAP, se encuentra la relativa al objeto de los contratos, que debe ser lícito, posible y determinado, tal como resulta del Código Civil y de lo dispuesto en los artículos 13 y 14 de la LCAP (el primero señala que "El objeto de los contratos deberá ser determinado", prescindiendo de la alternativa "determinable" propia del Derecho privado; el segundo exige que el "precio" sea "cierto"). En el negocio sometido a nuestra consulta trasluce una denunciante indeterminación de su objeto, tanto en lo que se refiere a la obra como al precio, remitidos a la propuesta de los ofertantes; es más, ni siquiera la perfección del vínculo, con la adjudicación del contrato, elimina esa inicial indeterminación, ya que el contratista se compromete, confusamente, a ejecutar "unos 57 nichos" y, en una segunda o tercera fase, "si la respuesta de los compradores fuese satisfactoria", otros "70/100", sin que conste con precisión en qué medida y momento pesan sobre el adjudicatario el resto de las obras que se mencionan en la memoria técnica. Estamos, en suma, ante un vicio de nulidad de Derecho Civil, que, con arreglo a lo establecido en el artículo 67 de la LCAP, debe hacerse valer en los plazos del ordenamiento privado (que sanciona la imprescriptibilidad de la nulidad de pleno derecho) y por el procedimiento establecido para los actos y contratos administrativos anulables.

Hemos de advertir, por contra, que el contenido del negocio no debe tacharse de ilícito, por cuanto la jurisprudencia se ha ocupado de atemperar la significación de la "compraventa de nichos" en cementerios públicos -figura de

tipicidad social-, señalando que, lejos de la nulidad del vínculo, debemos acudir a la racional interpretación de estos contratos, entendiéndose que lo que se adquiere y transmite no es la propiedad en el sentido civil del término, sino unos derechos mortuorios sui géneris desposeídos de la nota dominical de perpetuidad.

En definitiva, entendemos que podrían concurrir dos causas de nulidad en el contrato que trata de resolverse, según lo que se ha razonado en el presente dictamen, sin que proceda, ante un vínculo al que no habrían de reconocerse efectos, la pretendida resolución por incumplimiento del contratista.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede la resolución, por incumplimiento del contratista, del contrato de ampliación del cementerio de Arenas de Cabrales, adjudicado a la empresa, sometido a nuestra consulta.”

V. I., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE CABRALES.