



ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 15 de noviembre de 2006, el Alcalde de Bullas adjudica a la mercantil "--, S.L.", mediante subasta, el contrato de obras denominado "*Jardín en la Calle Rafael Alberti, del Barrio de los Poetas, complementario del P.O.S./2006*", por un precio de 60.886,44 euros.

De conformidad con la estipulación tercera del contrato, "*las obras se ejecutarán de forma que la terminación se produzca en el plazo máximo de cuatro meses a contar desde la fecha del acta de comprobación del replanteo*".

El contratista constituye garantía definitiva por importe de 2.435,45 euros.

De conformidad con el Pliego de Condiciones Económico-Administrativas (PCAP) incorporado al contrato, su objeto consiste en la construcción de un jardín sobre una parcela de zona verde existente en una calle de Bullas, comprendiendo las siguientes actuaciones: desbroce y limpieza; construcción de bordillos, aceras y paseos peatonales; construcción de dos zonas de recreo; plantaciones y red de riego; instalación de mobiliario urbano, juegos infantiles y alumbrado público. Todo ello deberá ser realizado conforme a las condiciones facultativas y proyecto que, si bien forman parte del Pliego, no han sido remitidos al Consejo Jurídico.

La Cláusula segunda PCAP establece que las obras comenzarán a los 30 días de la formalización del contrato, extendiéndose entonces el acta de comprobación del replanteo, debiendo estar terminadas a los cuatro meses contados desde la indicada acta. El apartado 2 de la cláusula dispone que "*el contratista se entenderá inciso en mora por el transcurso del plazo citado, no siendo precisa intimación previa del órgano de contratación. Cuando por alguna de las causas de fuerza mayor reconocidas en la vigente legislación el órgano municipal competente acuerde prorrogar el plazo señalado, la mora empezaría a computarse desde el transcurso de la prórroga. En los supuestos de mora del contratista se estará a lo dispuesto en la Cláusula duodécima del presente Pliego*".

La indicada Cláusula duodécima faculta a la Administración para, ante la demora culpable del contratista, optar por la imposición de penalidades o resolver el contrato.

La Cláusula sexta establece que la Administración expedirá mensualmente certificaciones que comprenderán la obra ejecutada durante dicho período de tiempo.

SEGUNDO.- El 11 de diciembre de 2006 se extiende el acta de comprobación del replanteo, sin que conste observación alguna del contratista.

TERCERO.- Con fecha 5 de enero de 2007, la Dirección Facultativa expide certificación de obras nº 1, correspondiente al mes de enero de 2007, por importe de 12.622,95 euros. Consta en el expediente la factura correspondiente a dicha certificación, de fecha 6 de marzo de 2007 e informe del Secretario de la Corporación favorable al pago del indicado importe al endosatario de la certificación: (x.), de fecha 2 de abril de 2007.

Las certificaciones de obra se suceden con el siguiente detalle:

- 2^a (febrero de 2007), expedida el 5 de marzo, por importe de 5.607,62 euros. La correspondiente factura es de fecha 16 de abril de 2007 y el informe favorable al pago a favor del endosatario (x.) se emite dos días después, el 18 de abril.
- 3^a (marzo de 2007), de fecha 5 de abril, por importe de 9.629,77 euros. La factura es de 21 de

mayo y el informe del secretario indicando la procedencia del pago es de 1 de junio de 2007, a favor del endosatario (x.) de la certificación.

- 4^a (abril de 2007), de 5 de mayo, por importe de 16.378,10 euros. La factura es de 13 de junio y el informe de procedencia del pago a x., como endosatario de la certificación, es de 21 de junio.

- 5^a (mayo de 2007), de 5 de junio, por importe de 8.417,05 euros. Según la certificación, las obras están ejecutadas en un 86,48 %. La factura es de 9 de julio y el informe favorable al pago a la orden del endosatario (x.) de la certificación se emite tres días más tarde, el 12 de julio.

CUARTO.- En diciembre de 2007, el Ingeniero Director de las obras elabora "*informe de rescisión del contrato*" sobre la base de la injustificada demora del contratista en la ejecución de las obras, que debían haber finalizado el 10 de abril de 2007. En consecuencia, considera que procede la resolución del contrato por la causa establecida en el artículo 95 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP) y conforme al procedimiento señalado por el artículo 96.1 del mismo texto. Asimismo, considera que la última certificación (5^a) lo es de liquidación del contrato, procediendo contratar la obra restante con otra empresa constructora para que la termine, aportando al efecto relación valorada de las obras pendientes de ejecutar, por importe de 8.889,43 euros.

QUINTO.- Con fecha 7 de diciembre de 2007, el Alcalde acuerda iniciar expediente de resolución del contrato, con incautación de la garantía definitiva depositada, emplazando al contratista para que en el plazo de 10 días formule las alegaciones que convengan a su derecho.

SEXTO.- El 10 de enero de 2008, el representante de la contratista formula alegaciones para oponerse a la resolución del contrato con base en los siguientes fundamentos:

1. Antes del acuerdo de iniciación del procedimiento resolutorio por demora del contratista ya existía causa de resolución del contrato por incumplimiento de la Administración, conforme al artículo 111, letra f) en relación con el 99.6, ambos del TRLCAP. Para el contratista, la Administración no habría abonado dos certificaciones de obra, conforme pretende acreditar con certificado de la entidad financiera endosataria de aquéllas, de forma que el Ayuntamiento habría incurrido en una mora de más de ocho meses, que faculta al contratista para suspender el contrato o resolverlo, lo que no ha hecho la adjudicataria en aras del interés público y del suyo propio.

2. Afirma, asimismo, que la demora del contratista debió ponerse de manifiesto por el Ayuntamiento durante el plazo de ejecución de la obra (cuatro meses) y no doce meses después del acta de comprobación del replanteo.

3. El retraso en la finalización de las obras se debe a la falta de suministro de determinada columna y luminaria, consecuencia del retraso del proveedor.

En consecuencia, solicita como pretensión principal el archivo del expediente resolutorio y el abono efectivo de las certificaciones para permitir la adecuada finalización de las obras; subsidiariamente, que se resuelva el contrato con resarcimiento de los perjuicios irrogados a la adjudicataria.

Adjunta a sus alegaciones un documento de la entidad endosataria de las certificaciones, según el cual, a fecha 3 de enero de 2008, aquélla no ha recibido "*los abonos correspondientes a las certificaciones 1 y 5 por importes de 3.098,37 y 8.417,05 euros del Ayuntamiento de Bullas*".

SÉPTIMO.- El 1 de febrero de 2008, el Director facultativo emite informe en el que afirma lo siguiente:

"2. *Únicamente se ha emitido una certificación, ya que durante el resto del plazo de ejecución,*

no se ha realizado ningún (sic) obras o éstas han sido irrelevantes.

3. La circunstancia de falta de pago debería haber sido instada en su momento por el contratista en orden a la resolución del contrato.

4. Los problemas derivados del suministro de materiales no son asumibles por la dirección de las obras y menos por la parte contratante. Cabe indicar que las columnas a que hace referencia el interesado fueron colocadas pero a su vez fueron rechazadas por no poseer la calidad mínima indicada en el proyecto de obras y las especificaciones de la dirección técnica de las obras".

Concluye el informe considerando que no procede acceder a lo solicitado por el contratista, sin perjuicio de la indicación de "complementar" dicho informe con otro de los servicios jurídicos del Ayuntamiento.

OCTAVO.- Con fecha 13 de marzo de 2008, el Alcalde del Ayuntamiento de Bullas da traslado del expediente al Consejo Jurídico, indicando los preceptos legales en que se funda la resolución contractual y que el contratista ha formulado oposición a la misma, de donde se deriva la preceptividad de la consulta a este órgano.

Una vez incorporado un extracto de secretaría comprensivo del índice de los documentos que integran el expediente, se remite éste al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante oficio recibido el 26 de marzo de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

En presencia de un procedimiento de resolución contractual al que se opone el contratista, la consulta está comprendida en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 59.3 TRLCAP; por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- De la conformación del expediente remitido al Consejo Jurídico y procedimiento.

De conformidad con el artículo 46.2 del Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril (en adelante RCJ), la consulta se acompañará de:

A) Los antecedentes de todo orden que puedan influir en el Dictamen.

Examinado el expediente remitido por el Ayuntamiento de Bullas, se advierte la ausencia de determinada documentación que podría ser relevante para la formación del juicio que este Órgano Consultivo ha de plasmar en el Dictamen solicitado. Singularmente, el proyecto técnico o pliego de condiciones técnico facultativas, donde se describen las características de las obras a realizar, así como las comunicaciones habidas entre la Dirección Facultativa y el contratista en relación con las columnas y luminarias rechazadas por la Administración.

B) Copia compulsada del expediente administrativo completo (46.2, letra c) RCJ), para lo que deberá constar, entre otros documentos, la copia autorizada del texto definitivo de la propuesta del acto que constituye el objeto de la consulta (46.2, letra c), 1º RCJ).

Carece el expediente remitido de dicha propuesta de resolución. Esta propuesta, en tanto que antecede de manera inmediata a la terminación del procedimiento, constituye la culminación de la fase de instrucción y contiene ya todos los elementos de la resolución que pondrá fin a aquél, configurándose como verdadero objeto de la consulta. Debería, en consecuencia, haberse incorporado al expediente remitido al Consejo Jurídico.

Esta propuesta de resolución se torna más necesaria si cabe, al advertir que no consta en el expediente informe alguno que valore la resolución contractual sometida a consulta desde una perspectiva técnico-jurídica. Dicho informe no sería preceptivo, en tanto que la causa esgrimida

para la extinción del contrato es la demora del contratista, lo que determina su sometimiento al procedimiento establecido por el artículo 96.1 TRLCAP, que únicamente exige los trámites de audiencia al contratista y la consulta a este Consejo Jurídico si aquél muestra su oposición a la resolución del contrato, excepcionando el procedimiento general de resolución contractual previsto por el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RCAP), que sí exige la emisión de informe del Servicio Jurídico. No obstante, sí habría sido muy conveniente recabar dicho informe, no sólo en su dimensión de garantía de ajuste de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico, sino también porque aportaría al órgano competente para resolver la fundamentación jurídica precisa para extinguir el contrato.

En cualquier caso, las deficiencias advertidas no alcanzan la condición de fundamentales o esenciales, por lo que el Consejo Jurídico procede a resolver sobre el fondo de la cuestión, toda vez que existen en el expediente elementos de juicio bastantes para ello, al quedar suficientemente delimitado el objeto de la consulta a la luz del acuerdo de iniciación del procedimiento resolutorio, de las alegaciones del contratista, de los informes de la Dirección Facultativa y de la resolución del Alcalde por la que se acuerda efectuar la consulta a este Órgano Consultivo.

TERCERA.- Sobre la causa de resolución del contrato.

1. Existencia de causa de resolución.

El contrato administrativo en cuestión se centra en el cumplimiento de la ejecución de la obra contratada, y el incumplimiento de esa obligación del adjudicatario habilita a la Administración para poner en marcha los dispositivos precisos para la extinción anormal del contrato a través del instrumento jurídico de la resolución previsto en el artículo 111 TRLCAP, para cuando el contratista incumple las cláusulas contractuales. Dicho incumplimiento es el presupuesto para el ejercicio de la facultad resolutoria, aunque la Administración pueda optar por acordar la resolución o forzar el cumplimiento estricto de lo pactado mediante la imposición de sanciones (art. 95.3 TRLCAP), y para ello la Administración debe tener en cuenta el interés público conectado a la ejecución de la obra, y cuál es la medida más adecuada para satisfacerlo, si la resolución o forzar a la ejecución.

Carece el Consejo Jurídico de elementos de juicio suficientes para pronunciarse sobre si en un contrato de obras prácticamente terminado (sólo resta por ejecutar el 13,52% de la obra) la vía de la resolución es la que mejor satisface el interés de la Administración, respecto a la otra vía de forzar al cumplimiento, con aplicación de las correspondientes penalidades, dada la complejidad misma del procedimiento de resolución y nueva contratación, su duración en el tiempo y el consiguiente aplazamiento que produce en la terminación de una obra, precisamente cuando la causa de resolución que se invoca es el retraso, ya que ese doble procedimiento puede, en vez de remediar el retraso, acentuarlo y agravarlo.

En relación con el caso sometido a consulta, el incumplimiento que se imputa al contratista de las cláusulas contractuales se refiere en concreto al no respeto del plazo de ejecución de obra, el cual se desprende con toda evidencia de haber transcurrido sobradamente el plazo para su terminación y de la situación de paralización de la obra, según resulta de los informes del ingeniero director de la misma.

La causa de resolución en que pretende ampararse el Ayuntamiento es la contenida en el artículo 111, letra e) TRLCAP, es decir, la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista. Esta causa está íntimamente ligada a la obligación que incumbe al contratista de cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para su realización (artículo 95.1 TRLCAP). En efecto, el contratista incurre en mora cuando, llegado el *dies ad quem* del plazo de ejecución del contrato, la obra no ha sido realizada, sin que sea precisa una intimación previa

por parte de la Administración (artículo 95.2 TRLCAP). Llegado este momento y constatado que las obras no han finalizado, la Administración puede optar por resolver el contrato o imponer penalidades (artículo 95.3 TRLCAP).

En el supuesto sometido a consulta, según los informes obrantes en el expediente y las propias manifestaciones del adjudicatario, a la fecha establecida para la terminación de las obras, el 11 de abril de 2007, éstas no habían sido culminadas, pues de acuerdo con la certificación nº 4, correspondiente al conjunto del mes de abril, las obras se habían ejecutado en un 72, 66%, porcentaje que se elevaría al 86,48% en mayo. Desde esa fecha no consta que se realizaran más trabajos, quedando éstos paralizados, tal y como se desprende del informe de la Dirección Facultativa de diciembre de 2007, que pretende considerar la última certificación, correspondiente a mayo de ese mismo año, como certificación de liquidación.

La no terminación de las obras es asimismo reconocida por el contratista quien, en sus alegaciones (apartado séptimo), admite expresamente "*el retraso en la finalización de las obras*", pretendiendo únicamente justificar dicho incumplimiento.

2. Incumplimiento culpable.

Siendo palmario el incumplimiento del plazo de ejecución de las obras, resta por determinar si éste es imputable al contratista, lo que constituiría un incumplimiento culpable y, en consecuencia, obligaría al Ayuntamiento a incautar la garantía definitiva constituida (artículo 113.4 TRLCAP).

Como justificación del incumplimiento del plazo esgrime el contratista las siguientes circunstancias:

a) Impago por el Ayuntamiento de dos certificaciones de obra que, según el documento emitido por la entidad endosataria de las mismas, serían los números 1 y 5, por importe de 3.098,37 y 8.417,05 euros, respectivamente.

La primera consideración que ha de realizarse es que el documento que pretende justificar el impago por parte del Ayuntamiento no especifica el contrato al que corresponden las indicadas certificaciones de obras, lo que afecta negativamente a su valor probatorio, máxime cuando se comprueba que el importe de la certificación nº 1 no se corresponde con el montante de la que consta en el expediente con dicho número. Sí es acorde, sin embargo, con la certificación nº 1 expedida por el Ayuntamiento de Bullas en relación a otro contrato con la misma empresa adjudicataria y cuya resolución también se encuentra sometida a consulta y pendiente del Dictamen de este Consejo Jurídico ("*contrato de obras de red de pluviales en Avda. Comunidad Autónoma, pavimentación de la Calle Mayor y Calle Parque y alumbrado público en el Jardín Municipal de la Pedanía de La Copa en Bullas*"). Debe recordarse, al respecto, la consolidada doctrina según la cual no cabe esgrimir el impago de las obras ejecutadas en virtud de una relación contractual, para justificar el incumplimiento de las obligaciones nacidas de otra distinta (Dictamen del Consejo de Estado 35/2000, de 20 de enero y STS, 3^a, de 19 de junio de 1984).

Asimismo, con carácter general, en el ámbito de la contratación administrativa no puede admitirse la *exceptio non adimpleti contractu*, como de forma constante vienen señalando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, sentencias de la Sala 3^a, de 11 de octubre de 1982, 19 de junio de 1984 y de 20 de diciembre de 1989) y el Consejo de Estado, cuyo Dictamen nº 1452, de 28 de julio de 1994, se expresa en los siguientes términos:

"El contratista que viera impagadas las certificaciones de obra expedidas por la Administración contratante podrá utilizar aquellas acciones previstas al efecto por la legislación vigente, incluso reclamando intereses, cuando procediera; pero en ningún caso le es dado abandonar por tal motivo la ejecución de las obras, con perjuicio para el interés público ínsito en todo contrato administrativo. No es admisible jurídicamente escudarse en un impago de certificaciones para justificar la paralización unilateral de las obras".

b) Existencia de causa de resolución imputable al Ayuntamiento.

Pretende el contratista que el impago de las certificaciones antes indicadas constituiría causa de resolución del contrato imputable al Ayuntamiento, en la medida en que, antes del acuerdo de iniciación del procedimiento resolutorio del contrato, ya habrían transcurrido 8 meses de demora en el pago de las certificaciones de obra, lo que habilitaría al contratista a resolver el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 111, letra f) en relación con el 99.6 TRLCAP. No puede encontrar acogida la alegación al fallar su propio sustento fáctico. En efecto, descartado, conforme a lo indicado *ut supra*, el impago de la certificación nº 1 del contrato a que se contrae el presente Dictamen, habría que atender en exclusiva a la certificación nº 5. Expedida ésta el 5 de junio de 2007, la Administración contaba con un plazo de 60 días para abonarla (art. 99.4 TRLCAP), de forma que sólo cuando hubo transcurrido ese período de pago ordinario, la Administración incurrió en mora, constituyendo dicha fecha el *dies a quo* para el cómputo del plazo de ocho meses, cuyo vencimiento sin que se haya producido el pago habilita al contratista para poner fin a la relación contractual.

En el supuesto planteado, es evidente que cuando el Alcalde de Bullas acuerda iniciar el procedimiento de resolución contractual a principios de diciembre de 2007, todavía no habían transcurrido los ocho meses de demora, computados desde el momento en que la Administración incumplió su obligación de pago, por lo que no existía la causa de resolución contractual alegada por el contratista.

c) El retraso de las obras debió ponerse de manifiesto durante el plazo de realización de las mismas, no cuando ya han transcurrido ocho meses desde que aquéllas debieron haber finalizado.

Si bien con anterioridad a la reforma operada en 1999 en la legislación de contratos, la jurisprudencia había entendido que la inactividad de la Administración ante el incumplimiento de los plazos de ejecución implicaba que la no terminación de las obras a tiempo no podía ser imputada al contratista, al tiempo que se le otorgaba una prórroga tácita, consecuencia de la aceptación por la Administración del cumplimiento tardío, en la actualidad, el artículo 67.1 TRLCAP exige que una eventual prórroga sea expresa, sin que pueda prorrogarse el contrato por consentimiento tácito de las partes.

En consecuencia, la inicial tolerancia del Ayuntamiento en la finalización tardía de la obra no le impide, con posterioridad, acordar la resolución contractual por causa imputable al contratista.

d) El retraso en la finalización de las obras se debió a la falta de suministro de determinada columna y luminaria, debido a la tardanza del proveedor.

Sin perjuicio de la posibilidad, no utilizada en el presente supuesto, de solicitar una prórroga del plazo de ejecución, las dificultades surgidas en la relación entre el contratista y sus proveedores no eximen del cumplimiento de las obligaciones contractuales que ligan a aquél con el Ayuntamiento. Máxime cuando el contratista no ha justificado que la falta de suministro de tales elementos impidiera la continuación del resto de las obras.

Ha de reconocerse, en consecuencia, que existe un incumplimiento de una obligación contractual esencial, la demora en el cumplimiento del plazo cierto de ejecución a que se obligó el contratista. Conforme a la doctrina del Consejo de Estado, "*el simple vencimiento de los plazos, sin que la prestación del contratista esté realizada, implica "ipso iure" la calificación de incumplimiento, pues el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo, en el que el tiempo constituye una condición esencial*" (Dictámenes 912/97 y 3811/98, entre otros). Por consiguiente, procede acordar la resolución del vínculo contractual con pérdida de la fianza definitiva constituida por la sociedad adjudicataria e indemnización, en la parte que exceda del importe de la fianza, de los daños y perjuicios que esta resolución y sus causas hayan podido ocasionar a la Administración contratante (art. 113.4 TRLCAP), para lo

que deberá instruirse el oportuno expediente.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- De conformidad con lo expuesto en la Consideración Tercera de este Dictamen, el Consejo Jurídico aprecia la concurrencia de causa de resolución del contrato formalizado entre el Ayuntamiento de Bullas y la --, S.L., para la ejecución de obras de construcción de un jardín en la calle Rafael Alberti, del Barrio de los Poetas en el indicado municipio, por lo que procede acordar su resolución.

SEGUNDA.- Procede asimismo la incautación de la garantía definitiva constituida por la empresa adjudicataria del contrato, toda vez que ha quedado acreditado en el expediente un incumplimiento culpable por su parte.

No obstante, V.S. resolverá.

