



ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 30 de diciembre de 1998 el Director del Instituto de Fomento de la Región de Murcia (INFO) dicta Acuerdo aprobatorio del Proyecto Técnico de las obras de construcción del Centro Tecnológico del Metal, previamente supervisado el 8 de abril de ese año por la Dirección General de Patrimonio de la Comunidad Autónoma. En el mismo acuerdo, el citado Director dispone incoar expediente de contratación de las obras, incorporando al mismo el referido proyecto.

SEGUNDO.- El 12 de enero de 1999 el Director del INFO dicta Acuerdo de aprobación del expediente de contratación 1/99, con la consiguiente aprobación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y del gasto, por un importe de 183.495.685 pesetas.

TERCERO.- Publicado el 25 de enero de 1999 un primer anuncio de licitación, dejado luego sin efecto a causa de ciertas deficiencias, posteriormente subsanadas, se procede a la publicación del nuevo anuncio, para que los interesados pudieran examinar el expediente de contratación y presentar las ofertas oportunas (BORM de 17 de febrero de 1999).

CUARTO.- Con fecha 30 de marzo de 1999, previos los informes pertinentes, el INFO resuelve adjudicar el contrato a la mercantil I., S.A. por un importe de 180.137.713 pesetas, con un 1,83% de baja sobre el presupuesto de licitación.

QUINTO.- El 12 de abril de 1999 se suscribe el correspondiente contrato, con un plazo de doce meses para la ejecución de las obras a contar desde el día siguiente al de la firma del Acta de comprobación del replanteo, que se extiende, con el visto bueno de todas las partes, el 3 de mayo siguiente.

SEXTO.- Mediante escrito de 8 de junio de ese año la Dirección Facultativa informa al órgano de contratación que, tras la explanación y limpieza de la parcela realizadas para el acto oficial de colocación de la primera piedra, no se ha ejecutado obra alguna, siendo indicativo que, de acuerdo con el plan de obra propuesto en su día por el contratista, en esa fecha debían estar ejecutados los trabajos de movimientos de tierras y la mitad de los de cimentación.

SÉPTIMO.- El 16 de junio de 1999 y tras requerimiento del INFO, la empresa contesta que con esa fecha se había dado orden para el comienzo de las obras y la presentación del programa de trabajo (para su formal aprobación, tal y como exigía el PCAP).

OCTAVO.- Con fecha 30 de junio de 1999 se extiende acta notarial de presencia en el solar en la que se constata la ausencia de toda obra que no fuera el alisamiento y desbrozado de la parcela antes indicado. En dicho acto, al igual que en informe aparte, de la misma fecha, la Dirección Facultativa hace constar que no se ha presentado el Programa de Trabajo ni el de Seguridad y Salud para su preceptiva aprobación y que, conforme a los plazos previstos por el propio contratista en su oferta, se advertía un difícil cumplimiento del plazo final de las obras.

NOVENO.- El 9 de julio de 1999 el Director del INFO ordena la incoación de expediente de resolución de contrato, fundado en las anteriores circunstancias, siéndole notificado al contratista para que en el plazo de diez días pudiera efectuar las alegaciones oportunas.

DÉCIMO.- Con fecha 23 de julio de 1999 la empresa presenta escrito en el que se opone a la resolución del contrato alegando la nulidad del mismo, a cuyos efectos solicita se tenga por

ejercitada la correspondiente acción, basada en el incumplimiento de la obligación de la Administración de justificar los precios de licitación, en el desfase de éstos en relación con los del mercado, más altos, que hacen al contrato de imposible ejecución, y que tal omisión en la justificación de los precios le ha ocasionado un error en el consentimiento que vicia de nulidad dicho contrato.

UNDÉCIMO.- Tras la emisión de los informe técnico y jurídico de fechas 3 de agosto y 5 de octubre, respectivamente, y el acuerdo de ampliación por tres meses del plazo para resolver el expediente de resolución contractual, el órgano de contratación acuerda el 6 de octubre inadmitir a trámite el recurso de nulidad por carecer manifiestamente de fundamento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 102.3 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC).

DUODÉCIMO.- Otorgado trámite de audiencia al avalista, que no efectuó alegaciones, el 4 de noviembre de este año el instructor formula propuesta de resolución del expediente, proponiendo la resolución del contrato y la incautación de la fianza prestada por el contratista, sin perjuicio de su obligación de indemnizar al INFO por los superiores perjuicios que la resolución le hubiera podido causar, y proceder a la comprobación, medición y liquidación de las obras ejecutadas.

DÉCIMOTERCERO.- Con fecha de registro de entrada del 8 de noviembre de 1999, se recibe en este Consejo Jurídico oficio del Consejero de Industria, Comercio, Turismo y Nuevas Tecnologías solicitando Dictamen conforme a lo dispuesto en el artículo 12.7 de la Ley 2/97, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

A la vista de los expresados antecedentes se formulan las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12.7 de la LCJ y 60.3 de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), por tratarse de una propuesta de resolución de un contrato administrativo de obras frente a la que el contratista ha formulado oposición.

SEGUNDA.- Cuestiones procedimentales.

A la vista de las actuaciones remitidas cabe considerar correcta la tramitación que ha precedido a la propuesta objeto de Dictamen. No obstante, deben hacerse ciertas observaciones sobre la inadmisión de la acción de nulidad del contrato formulada por el contratista conjuntamente con su oposición a la resolución contractual.

Como hemos indicado en los antecedentes, el INFO acordó la inadmisión a trámite de la citada instancia de nulidad amparándose en el artículo 102.3 LRJPAC, en la redacción dada por la Ley 4/99, de 13 de enero, por entenderla carente manifiestamente de fundamento. Tal resolución (sobre cuya firmeza nada consta al Consejo) no obsta al examen de las causas de nulidad del contrato, en la medida en que son precisamente el fundamento de la oposición del contratista a la resolución objeto de nuestro Dictamen, que debe de razonar sobre las mismas en la medida en que, de existir alguna de ellas, no podría informarse favorablemente la resolución contractual sino la declaración de nulidad del contrato (salvo que lo impidiera el artículo 106 LRJPAC). En este sentido, la decisión inadmisible del INFO no constriñe la función consultiva de este Consejo, si bien la íntima conexión entre ambas cuestiones, la nulidad y la resolución contractual, hubieran aconsejado la admisión a trámite de la acción, acumulando dicha pretensión anulatoria a la resolutoria del contrato (artículo 73 LRJPAC).

TERCERA.- Las causas de nulidad alegadas por el contratista.

Como hemos dicho anteriormente, en la medida en que las alegaciones del contratista

denuncian la existencia de causas de nulidad de pleno derecho del contrato cuya resolución se pretende, es necesario abordar su estudio previamente al de las causas de resolución aducidas por el INFO, pues, de existir alguna de aquéllas, habría que pronunciarse sobre su virtualidad anulatoria del contrato. Dicho análisis se hará separadamente, en el orden consignado en el escrito del contratista.

I.- Nulidad del contrato por nulidad del acto separable previo de aprobación del proyecto.

El contratista alega que, en la documentación que debe incluirse en el expediente de aprobación del proyecto de obras y dentro de la Memoria a la que se refiere el artículo 124 LCAP, falta el anexo justificativo de los precios adoptados previsto en el artículo 64 del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, (RCE).

A pesar de que inicialmente imputa nulidad radical al acto separable de aprobación del proyecto, el contratista viene a reconocer posteriormente que se trataría de un vicio de mera anulabilidad, pues la hipotética infracción no se encuentra incluida en ninguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 63 LCAP y, por tanto, no es aducible sino por la vía de los recursos ordinarios contra el acto de aprobación del proyecto, acto cuya existencia pudo conocer el interesado, en cuanto potencial licitador, durante el plazo de presentación de ofertas, momento legalmente hábil para el examen del expediente de contratación (al que se incorpora dicho proyecto) y la obtención de cuantos documentos del mismo le pudieran interesar a efectos de decidir su oferta. Y, además, ya como licitador, en el momento de presentar esta última, pues en su escrito de oferta declara conocer los Pliegos correspondientes, que se remiten en cuanto a su objeto al proyecto aprobado. Igualmente, su aceptación del proyecto consta expresamente al suscribir el contrato, en cuya Cláusula Segunda "se compromete a la ejecución de la obra con estricta sujeción a los Planos, Pliegos de Prescripciones Técnicas, cuadros de precios y demás documentos que figuran en el Proyecto aprobado por la Administración, documentos contractuales que acepta plenamente." Así pues, conocido el proyecto por el interesado, sólo mediante el oportuno recurso al acto de aprobación del mismo podía esgrimirse la alegada infracción, impugnación posible en la medida en que la citada resolución aprobatoria es un acto de trámite, previo al expediente de adjudicación, que tiene indiscutiblemente la cualidad de decidir indirecta y parcialmente el fondo del asunto, pues el posterior acto de adjudicación ha de tener como presupuesto necesario lo resuelto por el primero en orden a la aprobación del proyecto. En efecto, la concatenación sucesiva de procedimientos (de aprobación del proyecto, de contratación y de adjudicación) que integran el global proceso de formalización de un contrato administrativo hace que la resolución que pone fin a cada uno de estos procedimientos (o piezas, como se denomina a estas fases en otros sectores, como en el expropiatorio) determinan que las resoluciones que ponen fin a cada una de las mismas sean consideradas como actos de trámite cualificados que deciden indirectamente el fondo del asunto, por lo que es procedente su impugnación separada una vez los interesados tengan conocimiento de los mismos, conforme a lo dispuesto en el artículo 107.1 LRJPAC. Así, el interesado tuvo la posibilidad legal de conocer la aprobación del proyecto en el momento de hacerse público el anuncio de licitación, y posteriormente manifestó expresamente su conocimiento en actos subsiguientes, como en su escrito de oferta y en la suscripción del contrato.

Por todo ello, no puede admitirse que la hipotética infracción del artículo 64 RCE constituya causa de nulidad de pleno derecho de las previstas en el artículo 63 LCAP, por lo que el vicio, de existir, quedó consentido y firme por los propios actos del contratista.

II. Nulidad del contrato por ser de ejecución imposible.

Seguidamente, el contratista alega que la falta de justificación en la Memoria del proyecto de

los precios de la obra acarrea la imposibilidad de su ejecución, estimando que ello es causa de nulidad, remitiéndose implícitamente a lo establecido en el artículo 62.1.c) LRJPAC. Alega que tal imposibilidad se desprende del desfase entre los precios convenidos y los que estima reales de mercado.

La alegación debe igualmente desestimarse. Es evidente que la posibilidad de ejecutar el acto (en este caso, el contrato), consiste en que sea viable la materialización de las prestaciones convenidas por las partes, y es claro que es perfectamente posible tanto la ejecución material de la obra como la entrega del precio pactado. El contratista emplea el término "imposibilidad" en un sentido impropio, pues, a lo sumo, la ejecución le resultará más o menos rentable económicamente, como corresponde al riesgo y ventura inherente a este tipo de contratos (artículo 99 LCAP), pero no es, claro está, imposible. Si no lo ejecuta por este motivo incurrirá simplemente en un incumplimiento del contrato.

III. Nulidad del contrato por error en el consentimiento del contratista.

Por último, el contratista alega que la denunciada falta de justificación de los precios del proyecto le hizo incurrir en error a la hora de prestar su consentimiento, pues confió en que la Administración había justificado adecuadamente dichos precios, lo que le motivó a presentar su oferta. Invoca a tal efecto el artículo 67 LCAP, sobre causas de nulidad de Derecho Civil en los contratos administrativos, los artículos 1265 y 1266 sobre el error en el consentimiento, y 1300 (en realidad 1301), todos ellos del Código Civil, sobre el plazo de la acción de nulidad. De la conjunción del primer y último precepto citados se desprende la paradójica situación de que, así como las causas de anulabilidad de Derecho Administrativo ya no pueden invocarse mediante acción de revisión de oficio (por haber suprimido tal posibilidad la Ley 4/99 antes citada y remitirse la LCAP a la LRJPAC), todas las causas de invalidez de Derecho Civil (aun las de anulabilidad), de acuerdo con el tenor literal del artículo 67 en relación con el artículo 65.1 LCAP, pueden promoverse de oficio o a instancia de parte, y su declaración sólo será posible previo informe favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico; y ello en tanto no se modifique la LCAP en este punto.

Partiendo de esta premisa y de que la acción anulatoria por error en el consentimiento tiene un plazo de cuatro años desde la consumación del contrato, debe entrarse en el fondo de la alegación.

Como hemos indicado en el epígrafe I de este Considerando, el procedimiento de contratación, en su sentido amplio, integra una serie de procedimientos o piezas separadas y correlativas que, todas juntas, contribuyen a formar la voluntad de la Administración a la hora de obligarse con terceros.

Dentro de ese "iter" formativo de su voluntad se encuentran las actuaciones relativas a la determinación del objeto del contrato, en nuestro caso, la obra a ejecutar y el precio a satisfacer por ella.

Ese objeto contractual, por la especial índole del interés público subyacente, se va formando a través de unos actos que el contratista, (primero simple interesado, y luego licitador, antes de ser adjudicatario) puede y debe conocer para formular su oferta a la Administración. La Jurisprudencia reitera que es el contratista el que en realidad formula la oferta (en el marco de lo delimitado previamente por la Administración) y luego ésta la acepta, momento en que se produce la perfección del contrato (STS, Sala 3^a, de 14 de febrero de 1989, entre otras).

Esa previa delimitación de la oferta se materializa, por lo que aquí interesa, en dos actos preparatorios: la aprobación del proyecto, que fija la obra a realizar y el precio máximo a pagar por ella, y la aprobación del PCAP, que constituye el clausulado particular que debe asumir el licitador en su oferta, tal y como luego éste hace expresamente en el escrito correspondiente. De esa forma, el PCAP constituye la "lex contractus", ley particular de la obligación a la cual se

suele hacer también expresa referencia de aceptación en el documento de formalización del contrato (en nuestro caso, en la Cláusula Segunda, según vimos). Por ello, no es de extrañar que la Jurisprudencia, a efectos de determinar la incidencia del posible error en el consentimiento, se centre en el PCAP como elemento definidor de las obligaciones de las partes, al que se añaden el precio y cualesquiera otras condiciones ofrecidas por el licitador permitidas por el Pliego y aceptadas por la Administración. Así, la STS, Sala 3^a, de 21 de enero de 1994, expresa que "*el Pliego de Condiciones en la contratación administrativa constituye la "lex contractus" con fuerza vinculante para el contratante y la Administración. Las cláusulas del mismo fijan las condiciones del acuerdo de voluntades de manera que la modificación de alguna determinante del consentimiento prestado ocasiona la nulidad del contrato celebrado, de conformidad con el artículo 1300 en relación a los artículos 1265 y 1266 del Código Civil*". Quiere decirse pues, que el contenido obligacional sobre el que se presta el consentimiento es sobre el contenido del PCAP, con las concreciones sobre precio y demás condiciones de ejecución de la obra que aquél permita.

Por tal motivo, y sin necesidad de entrar en mayores análisis, cabe rechazar la existencia de error alguno que invalide el contrato, porque el contratista conoció y declaró aceptar expresamente el contenido del PCAP, en cuya Cláusula Segunda, denominada "Presupuesto", se fijaba éste en la cantidad de 183.495.685 pesetas, incluyendo expresamente gastos generales, beneficio industrial y el IVA correspondiente. Y menos error pudo haber cuando ofreció incluso una cantidad inferior a dicho precio máximo, en concreto con una baja del 1,83% sobre éste.

Por otra parte, ahondando en las razones del rechazo de la presente alegación, resulta que el contenido de la Memoria solo tendrá carácter contractual "en las condiciones que reglamentariamente se determinen" (artículo 124.1,a) LCAP) y resulta no ya sólo que el artículo 82.1 RCE atribuya carácter contractual exclusivamente a los planos, el pliego de prescripciones técnicas y los cuadros de precios del proyecto, sino que la Orden del Ministerio de Obras Públicas de 12 de junio de 1968 (BOE del 25 de julio) establece en su artículo 2 que "el anejo de la justificación de precios carece de carácter contractual y su objeto es acreditar ante la Administración la situación del mercado y servir de base para la confección de los cuadros de precios números 1 y 2, que son contractuales, y en los cuales debe figurar lo estrictamente necesario para el correspondiente abono de unidades de obras completas e incompletas", aspecto que fue contundentemente ratificado por el Consejo de Estado en su Dictamen nº 1125/92, de 24 de septiembre de 1992, al aplicar esta Orden: "*la corrección o incorrección de los criterios de que se haya valido la Administración Pública a la hora de establecer los precios de las unidades de obra son un "prius" del contrato, un elemento que ayuda a que la Administración formule una oferta contractual razonable, pero no integran ésta. Por ello, una vez perfeccionado el vínculo contractual, no podrán ser discutidos por el contratista que prestó su consentimiento.*"

Además de lo que aquí dicho, resulta que desde una perspectiva exclusivamente civilista también cabe sostener la inexistencia del error atribuído.

En efecto, la STS, Sala 1^a, de 6 de febrero de 1998, resume acertadamente la doctrina jurisprudencial sobre la materia: "En cuanto al error como vicio del consentimiento, dice la Sentencia de esta Sala de 18 de abril 1978, que para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1265 del Código Civil, es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración - art. 1266.1-, que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (...), que no sea imputable a quien lo padece (...) y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía

en el negocio jurídico concertado (...); de otra parte, como recoge la Sentencia de 18 de febrero 1994, según la jurisprudencia, para ser invalidante el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los requisitos de autorresponsabilidad y buena fe, este último consagrado hoy en el art. 7 del Código Civil; es inexcusable el error (Sentencia 4 enero 1982) cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida en la declaración." En esta misma línea, la STS, Sala 1^a, de 18 de febrero de 1994.

Aplicado al caso que nos ocupa, resulta que lo que el contratista llama error es imputable a él mismo y, además, de modo inexcusable, pues pudo conocer el proyecto, incluyendo su Memoria, y, dentro de ella, la justificación de los precios o la falta de la misma, pudiendo impugnar tal hipotética omisión; y, en fin, pudo haber empleado la diligencia exigible a una empresa dedicada al sector de la construcción, estudiando por sí misma los precios del mercado y actuando luego en consecuencia. Teniendo en cuenta que presentó una oferta que era, incluso, inferior al precio máximo establecido en el PCAP, si ha existido un error del contratista, será en sus previsiones o combinaciones negociales, que, en una economía liberal como la que inspira el Código Civil, no es ni puede ser invalidante del negocio. Así lo han reiterado Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1^a, como las de 25 de mayo de 1967, 27 de mayo de 1982 y 17 de octubre de 1989, entre otras muchas.

CUARTA.- Las causas de resolución del contrato.

Una vez descartados los motivos de nulidad aducidos por el contratista en oposición a la resolución del contrato, y dado que éstos son los únicos en que basa dicha oposición, es clara la procedencia de la resolución contractual por causa imputable al mismo, visto que no ha presentado el Programa de Trabajo de las obras exigido en la Cláusula 15.1 del PCAP, en relación con el artículo 128 RCE, y que la Cláusula 21 establece que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en dicho Pliego podrá ser causa de resolución del contrato, con amparo en el artículo 112,h) LCAP. La falta de presentación de dicho Programa fue considerado un incumplimiento relevante del contrato en el Dictamen del Consejo de Estado nº 4533/96, de 30 de enero de 1997, en un caso análogo en el que, además, y como en el que nos ocupa, tampoco se habían ejecutado las obras. Además, es obvio que la negativa del contratista a la ejecución le hace incurrir en el incumplimiento de su obligación esencial (artículo 112, e) y g) LCAP), circunstancia que impide el cumplimiento del contrato en los términos pactados y que justifica plenamente que el órgano de contratación opte por la resolución y no por la imposición de penalidades.

QUINTA.- Consecuencias derivadas de la resolución del contrato.

Como consecuencias anejas al acuerdo de resolución contractual, el artículo 114.4 y 5 LCAP impone en estos casos la incautación y pérdida de la fianza, sin perjuicio de que el contratista deba indemnizar por los daños y perjuicios que, por importe superior al de la fianza, le hayan sido ocasionados a la Administración, en su caso.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152.1 LCAP y 26.2 del Real Decreto 390/96, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en el plazo no superior a un mes desde el acuerdo de resolución del contrato, el órgano de contratación adoptará las medidas oportunas para la liquidación del

contrato, en el que deberán valorarse las obras realizadas por el contratista (desbroce y explanamiento del terreno, según los informes técnicos), importe que deberá ser compensado de la cantidad que, por daños y perjuicios se haya fijado en expediente contradictorio, y, caso de que no se fijen daños adicionales, del importe de la fianza incautada.

Por último, a los efectos de la declaración de la prohibición de contratar con la Administración Pública, prevista en el artículo 20, c) LCAP, derivada de la resolución contractual por culpa del contratista (inciso éste último que debería incluirse en el punto primero de la parte dispositiva del Acuerdo de resolución, para mayor claridad), procederá notificar el acuerdo de resolución a la Junta Regional de Contratación Administrativa a fin de que ésta instruya el oportuno expediente de declaración de la prohibición de contratar (artículo 2.2 Decreto 14/96, de 24 de abril). En caso de ser resuelto en sentido favorable, deberá remitir la oportuna resolución a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa a los efectos del artículo 12.2 del citado Real Decreto.

De igual modo, el acuerdo de resolución deberá notificarse al Registro de Contratos y Contratistas de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 61/94, de 17 de junio.

A la vista de las precedentes Consideraciones, el Consejo Jurídico formula las siguientes **CONCLUSIONES**

PRIMERA.- Procede resolver el contrato suscrito entre el INFO e I., S.A., por causas imputables al contratista, con incautación y pérdida de la fianza prestada por éste, de acuerdo con la propuesta de resolución sometida a Dictamen.

SEGUNDA.- Procede liquidar el contrato y determinar los daños y perjuicios causados al INFO por su resolución, previo expediente contradictorio.

TERCERA.- En el caso de que se dicte acuerdo de resolución, procede notificarlo a la Junta Regional de Contratación Administrativa y al Registro de Contratos y Contratistas de la Comunidad Autónoma.

No obstante, V.E. resolverá.