



ANTECEDENTES

PRIMERO.- Este Órgano Consultivo se remite a los Antecedentes descritos en nuestro Dictamen 67/2010 evacuado sobre este mismo asunto, destacándose no obstante las siguientes actuaciones anteriores, que inciden en las consideraciones del presente Dictamen, sobre la resolución del contrato sometida a consulta:

1^a) El 29 de enero de 2007 se formaliza por el Alcalde y el Gerente único de la contratista (Unión Temporal de Empresas --, S.A. y --, S.A., en lo sucesivo UTE) el contrato administrativo de obras para la ejecución de la "Casa Consistorial de Las Torres de Cotillas", haciendo constar en las cláusulas cuarta y quinta lo siguiente:

"El plazo de ejecución es de dieciséis (16) meses, contado desde el día siguiente a la firma del Acta de comprobación del replanteo, que se realizarán dentro del mes siguiente a la formalización del contrato.

(...) El contratista presta su conformidad al proyecto de la obra y al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige para este contrato, y se somete, para cuanto no se encuentra en él establecido, a los preceptos del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas."

2^a) El acta de comprobación del replanteo se suscribe el 2 de mayo de 2007, en la que se refleja que "se dan comienzo los trabajos de construcción del citado Proyecto", en tanto se ajusta a la parcela que el Ayuntamiento ha dispuesto a tal fin.

3^a) Con fecha 30 de julio de 2009, previos los informes correspondientes, el Pleno del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas acuerda aprobar el proyecto modificado, sin que proceda la revisión de precios, notificándolo a la dirección facultativa de la obra y a la contratista. El contrato modificado se formaliza el 11 de septiembre de 2009 -previo aumento de la garantía definitiva depositada por la adjudicataria-, por el Alcalde, en representación del Ayuntamiento, y por la contratista, y supone un incremento del coste total del contrato de 1.078.920,83 euros, incluido IVA, así como una prórroga del plazo de ejecución de tres meses, manteniéndose el resto del clausulado que contenía el contrato inicial.

Consta un acta de replanteo correspondiente al contrato modificado, de 14 de septiembre de 2009.

4^a) Previos los informes del arquitecto municipal de 21 de diciembre de 2009 y de 14 y 28 de enero de 2010, el Pleno del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas, en su sesión de 2 de febrero de 2010, acuerda el inicio del expediente de resolución contractual, por la demora de la contratista en el cumplimiento del plazo total, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 111,e) y 95.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), siendo

notificado a la contratista y a la avalista, de acuerdo con lo establecido 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 (RCAP).

5^a) Por escrito de 12 de febrero de 2010, x., en representación de la contratista, presenta escrito de oposición a la causa de resolución culpable del contrato, solicitando el archivo del procedimiento.

6^a) Previo informe de la Secretaría de la Corporación Municipal de 26 de febrero de 2006, se formula propuesta por la Concejalía correspondiente en la misma fecha, desestimando las alegaciones de la contratista, por cuanto ésta conocía en profundidad las características del proyecto, aceptando la obra sin manifestar oposición y suscribiendo los documentos contractuales sin reserva. Tampoco admite la supuesta concesión tácita de la paralización de las obras, sostenida por aquélla, a la vista de las certificaciones aprobadas durante el supuesto plazo de suspensión, ni la alegada indefensión, habiéndose constatado, por otra parte, el práctico abandono de la obra.

Finalmente, concluye que ha quedado probado que la contratista ha incumplido el plazo total previsto en el contrato de ejecución de la referida obra, y el de la prórroga, por lo que concurre la causa de resolución prevista en el artículo 111,e) TRLCAP, resultando procedente la incautación de la fianza, en los términos previstos en el artículo 113, 4 y 5 del mismo Texto Refundido, que asciende a un montante de 259.067,23 euros.

SEGUNDO.- Remitido el expediente para la emisión de Dictamen por el Consejo Jurídico, es evacuado en su sesión de 12 de abril de 2010 bajo el número 67/2010, ya citado, en el siguiente sentido:

"PRIMERA.- Con carácter previo al pronunciamiento de este Órgano Consultivo sobre la procedencia de resolver el contrato por incumplimiento del plazo total para su ejecución por parte de la contratista (con incautación de fianza), se requiere que por el órgano instructor del presente procedimiento se recabe el informe de la dirección facultativa sobre el grado de terminación de las obras actualmente y, en el caso de haber finalizado, si éstas han de ser recibidas, en los términos expresados en la Consideración Cuarta, I.

También debería clarificarse por la citada dirección facultativa, si en la ejecución de las obras se acordó la paralización parcial de las mismas, aun cuando no se formalizara, mientras tanto se tramitara y aprobara el modificado, en el caso de que fuera exigible (artículo 146.4 TRCAP).

SEGUNDA.- Una vez completadas las actuaciones indicadas, en el caso de que el órgano instructor ratifique la propuesta elevada, que deberá ser sometida de nuevo al Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico, acompañando los trámites ulteriores, el órgano de contratación habrá de tener en cuenta el plazo de caducidad para la resolución y notificación del presente procedimiento, citado en la Consideración Segunda, 3), sin perjuicio de la posibilidad de iniciar uno nuevo conforme a nuestra doctrina."

TERCERO.- En su cumplimiento, la Alcaldía solicitó informe a la dirección facultativa de las obras, que lo emitió el 14 de abril de 2010 con el siguiente contenido:

"Las obras de construcción de la Nueva Casa Consistorial de Las Torres de Cotillas, de las que son directores, se encuentran a fecha de hoy ejecutadas en un 92,24 % de su totalidad.

De las citadas obras han sido certificados, hasta la última certificación, la núm. 28 (5.974.364,20 euros) de un total de 6.476.680,83 euros, cantidad correspondiente al Presupuesto de Adjudicación del Proyecto Modificado núm. 1.

Por otro lado se informa, para que conste a los efectos oportunos, que quedan todavía por ejecutarse muchas de las partidas de obra correspondientes a las mejoras contenidas en la oferta de la empresa adjudicataria del contrato de obras.

Además, es necesario considerar que para la adecuada finalización de las obras, deben efectuarse todas las pruebas de puesta en marcha y mediciones pertinentes de las instalaciones y la reparación de todos los desperfectos, remates y correcciones necesarias en todas las unidades de obra (pinturas, soldados, carpinterías, etc.) en mal estado, ya sea por incorrecta ejecución, deterioro a causa de las filtraciones o cualquier otra razón.

Asimismo se informa de que dichas obras no han sido paralizadas en ningún momento, habiendo sufrido sin embargo importantes retrasos y demoras no imputables a esta dirección facultativa ni a esta propiedad."

CUARTO.- A propuesta de la Concejala Delegada del Área de Urbanismo, el Pleno municipal acuerda, en su sesión de 19 de abril de 2010, ratificar el acuerdo anterior de 2 de febrero de 2010 y acordar la suspensión del plazo máximo legal para resolver el presente procedimiento, hasta la recepción del Dictamen de este Consejo Jurídico, en los términos establecidos en el artículo 42.5c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), retrotrayendo los efectos de la suspensión al momento de la petición del Dictamen anterior. El citado acuerdo fue notificado a la contratista, sin que consten alegaciones.

QUINTO.- Con fecha 12 de mayo de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando las actuaciones complementarias citadas anteriormente.

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 la 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 presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Normativa de aplicación y cuestiones procedimentales.

1. Dentro de las prerrogativas que ostenta el órgano contratante (Pleno municipal) se encuentra la de acordar su resolución y determinar los efectos de ésta (artículo 59 TRLCAP), lo que sustenta el presente procedimiento, siendo la normativa de aplicación los citados Texto Refundido y RCAP, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público:

"Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior".

2. El procedimiento seguido se ha ajustado a lo dispuesto en el artículo 109 RCAP, quedando pendiente de cumplimentar el último trámite, que es la emisión del presente Dictamen, al haber formulado oposición la contratista.

Ya se indicó en el Dictamen 67/2010, que no se sustentan los alegatos de la contratista de indefensión por defectos procedimentales, concretamente por la falta de notificación del informe del Arquitecto Municipal, que se limita a constatar que las obras no se encuentran finalizadas dentro del plazo previsto, puesto que, tras el otorgamiento del trámite de audiencia, la UTE podría haber solicitado copia de la documentación existente en el procedimiento de resolución, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35. a) LPAC, sin que exista constancia de que hiciera uso de tal derecho. De otra parte, los informes del arquitecto municipal, como se ha indicado, se limitan a comprobar el estado en que se encuentran las obras, lo que es conocido por la contratista, en tanto su representante manifiesta que "*a la fecha en que se formula el presente escrito de alegaciones, se han certificado 5.974.364,20 euros, lo que equivale a 92,24 % del presupuesto del contrato con fecha diciembre de 2009*"; por tanto, se viene a reconocer que a la citada fecha no habían concluido totalmente las obras, que es lo que únicamente constata el técnico municipal.

En el posterior informe de la dirección facultativa, de 14 de abril de 2010, se constata el mismo porcentaje de incumplimiento señalado por la contratista, sin que en tal informe se aporten cuestiones nuevas, a efectos de requerir el otorgamiento de un nuevo trámite de audiencia a la misma (artículo 84.4 LPAC); pese a ello se le ha notificado el nuevo acuerdo Plenario de 19 de abril de 2010, que ordena la suspensión del plazo para resolver, en el que se contienen las nuevas actuaciones, sin que se haya personado en el procedimiento, ni haya formulado alegaciones, según la documentación remitida.

3. En lo que se refiere al plazo para adoptar la resolución del contrato, conforme a nuestra doctrina contenida, entre otros, en el Dictamen 90/2009, en relación con la caducidad en los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio, ya se indicó por este Consejo Jurídico que el órgano de contratación disponía de tres meses para adoptar y notificar la resolución (artículos 44.2 y 42.3 LPAC), salvo que se acordara la suspensión del plazo el tiempo que media entre la petición y la recepción de nuestro Dictamen (artículo 42.5,c LPAC). Este efecto suspensivo ha sido adoptado mediante el acuerdo Plenario de 19 de abril de 2010 (notificado el día 21 a la contratista, según el acuse de recibo), si bien ha de matizarse que sus efectos no pueden extenderse retroactivamente, como sostiene el citado acuerdo, sino a partir de su notificación a la contratista, por lo que el órgano de contratación sólo dispondrá -para resolver y notificar el presente procedimiento-, una vez registrado de entrada nuestro Dictamen en el Ayuntamiento consultante, los días que restan desde el 21 de abril hasta el 2 de mayo, fecha en la que finalizaba el plazo de resolución de tres meses desde la iniciación del procedimiento (el 2 de febrero de 2010).

TERCERA.- Cuestiones previas: plazo para la ejecución de las obras y estado de las mismas.

1. Plazo para la ejecución de las obras.

En el Dictamen anterior sobre este mismo asunto (núm. 67/2010), este Consejo Jurídico analizó detenidamente la incidencia del requisito temporal en la ejecución del contrato, a cuyas consideraciones se remite, alcanzando la conclusión de que el plazo de ejecución se encontraba cumplido el 15 diciembre de 2009, teniendo en cuenta que con la aprobación de la modificación del contrato, suscrito por el representante de la Administración y la contratista el 11 de septiembre de 2009, se otorgaba una prórroga del plazo de ejecución de tres meses, según la estipulación segunda, contado desde el día siguiente al acta de comprobación del replanteo del modificado, formalizada el 14 de septiembre de 2009, superando en exceso las previsiones iniciales del contrato suscrito (de 16 meses a 32 meses reales). A lo anterior cabe añadir que la dirección facultativa, en ningún caso, acordó la paralización de las obras, habiendo sufrido importantes retrasos no imputables a la propiedad, según informa el 14 de abril de 2004.

2. Estado de las obras.

Existe coincidencia entre las partes del contrato de que las obras no habían finalizado el 15 de diciembre de 2009,

ni posteriormente, según detallan los informes del arquitecto municipal y corrobora la dirección facultativa en su informe de 14 de abril de 2010 (4 meses después), evacuado a instancia de este Órgano Consultivo, al indicar que a dicha fecha han sido ejecutadas el 92,24 %, coincidiendo con el porcentaje reconocido por la contratista en su escrito de alegaciones, aunque ésta pretendiera dar a entender que las obras prácticamente habían acabado, si bien, dos meses después, continúan en el mismo estado, aún pendientes de su finalización, según se desprende del informe de la dirección facultativa, que añade a lo anterior lo siguiente: "*quedan todavía por ejecutarse muchas de las partidas de obra correspondientes a las mejoras contenidas en la oferta de la empresa adjudicataria del contrato de obras*".

Por lo tanto, al haberse mantenido el presupuesto de partida del presente procedimiento, en cuanto que las obras no han terminado en la actualidad, habiendo incurrido en mora la contratista, el órgano de contratación está facultado (artículo 95.2 TRLCAP) para la resolución del contrato.

CUARTA.- La resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista. Procedencia y efectos.

I. Sobre la causa de resolución esgrimida por el Ayuntamiento.

La causa de resolución en que pretende ampararse el Ayuntamiento es la contenida en los artículos 95 y 111, 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 (art. 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 y según los informes obrantes en el expediente, a la fecha establecida para la terminación de las obras (15 de diciembre de 2009), éstas no habían sido culminadas puesto que, de acuerdo con el informe de la dirección facultativa de 14 de abril de 2010, se encuentran ejecutadas en un 92,24 %, habiéndose certificado 5.974.364,20 euros de un total de 6.476.860,83 euros. Ya cuatro meses antes, el 21 de diciembre de 2009, se había constatado por el arquitecto municipal que las obras no se habían terminado, pese a lo cual la contratista ha dispuesto de un periodo adicional posterior para culminar los trabajos, dado que el órgano de contratación no acordó ninguna medida cautelar durante la tramitación del presente procedimiento de resolución contractual.

La no terminación de las obras es asimismo reconocida por la contratista quien, en sus alegaciones, admite expresamente que se había ejecutado a fecha 10 de febrero de 2010 el 92,24 %, si bien indicaba seguidamente que su voluntad era la de proceder a su finalización de inmediato, lo que también ha incumplido de forma patente y manifiesta, pues dos meses después las obras siguen en el mismo estado de inacabadas, como se ha indicado anteriormente.

Esta situación de retraso y de paralización de la obra constituye *ipso iure* un incumplimiento, pues, como ha venido sosteniendo el Consejo de Estado, el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo en el que el tiempo constituye una condición esencial, de modo que el simple vencimiento de los plazos, sin que la prestación de la contratista esté realizada, supone de por sí un incumplimiento de las obligaciones impuestas a la misma, en cuanto que se refieren a la ejecución en plazo y conforme al Proyecto aprobado de las obras objeto del vínculo contractual administrativo (Dictamen 4.533/1996). En el presente caso se ha incumplido el plazo para la ejecución del contrato por parte de la contratista, lo que ha determinado la concurrencia de otra causa de resolución, íntimamente ligada al retraso en la ejecución de las obras y en cierto modo consecuencia del mismo, como es el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato, ex artículo 111, letra g) TRLCAP, entre las cuales se cuenta, como esencialísima, la ejecución de la prestación que constituye su objeto, la obra, que no ha sido terminada por el contratista ni ha sido posible su culminación aun fuera de plazo.

II. Incumplimiento culpable.

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

Como justificación del incumplimiento del plazo de ejecución de las obras, la contratista esgrime, a modo de circunstancia obstativa del cumplimiento en plazo de su obligación, que se habían suspendido las obras tácitamente a la espera de la tramitación del modificado, cuya aprobación por el órgano de contratación se demoró en el tiempo (no se aprobó hasta el 30 de julio de 2009). Sin embargo, las obras en ningún momento fueron paralizadas, como confirma la dirección facultativa, y lo verifica la emisión de certificaciones parciales correspondientes a las obras que se iban realizando por la contratista (un total de 25 certificaciones antes de la aprobación del modificado, que otorgaba una prórroga de 3 meses), como se detalla en el expediente. A título de ejemplo, la certificación núm. 6, correspondiente al mes de marzo de 2008, con fecha de emisión de 17 de abril de 2008, fue por importe de 1.261.918,06 euros; o la certificación núm. 22, de 3 de junio de 2009, aprobada el 18 siguiente, ascendió a 428.205,69 euros. Por lo tanto, el argumento de concesión tácita de paralización de las obras iría en contra de los propios actos de la contratista, que contradicen totalmente su alegato.

De otra parte, como refiere el informe de la Secretaría de la Corporación Municipal, de 26 de febrero de 2010, no puede entenderse otorgada la suspensión tácitamente, como argumenta la contratista, puesto que al conllevar alteración del plazo inicialmente previsto y, por tanto, de uno de los elementos del contrato, debe ser acordada por el órgano de contratación motivadamente por razones de interés público por necesidades nuevas o causas imprevistas, según lo dispuesto en el artículo 101.1 TRLCAP, sin que tal suspensión haya sido acordado por el órgano de contratación, ni ha sido propuesta por la dirección facultativa, ni tampoco se desprende de la actuación de la contratista, que ha continuado con los trabajos, antes de que fuera aprobado el modificado. Ha de tenerse en cuenta a este respecto que no toda modificación del contrato conlleva necesariamente la suspensión de las obras, como se advierte de los términos literales en que se expresa el artículo 146.4 TRLCAP, cuyo primer inciso "*cuando la tramitación de una modificación exija la suspensión*", interpretado a sensu contrario, admite la posibilidad de modificaciones que no lleven aparejadas de forma ineludible la suspensión de las obras (Dictamen de este Consejo Jurídico núm. 166/2005).

A mayor abundamiento, el contrato modificado, suscrito por ambas partes el 11 de septiembre de 2009, expresamente estipula la prórroga del plazo de tres meses para la terminación del contrato, manteniendo el resto de clausulado, por lo que en todo caso, haciendo abstracción de las vicisitudes del plazo durante el periodo anterior citadas en el Dictamen 67/2010, el plazo terminó el 15 de diciembre de 2009, conforme al acta de comprobación del replanteo suscrita por la contratista, quien no puso reparos.

Así pues, las razones y causas invocadas por la empresa para justificar su incumplimiento contractual son rechazables de todo punto y, en modo alguno relevan o dispensan a la contratista de las responsabilidades contraídas por el retraso y abandono de la ejecución de las obras que le son imputables.

En consecuencia, procede la resolución del contrato por incumplimiento culpable de la contratista, con los efectos consiguientes de pérdida de la garantía constituida, de acuerdo con lo establecido en el artículo 113.5 TRLCAP.

QUINTA.- Efectos de la resolución: liquidación del contrato e indemnización a la Administración de los daños y perjuicios causados.

1. A tenor de lo establecido en el artículo 151.1 TRLCAP la resolución del contrato de obras dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra de la contratista, y siendo necesaria la citación de ésta en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición.

El Ayuntamiento debe proceder a efectuar dicha liquidación con audiencia de la contratista a fin de que ésta pueda, si así lo estima pertinente, impugnarla.

2. Para supuestos como el que se dictamina, es decir, resolución contractual imputable a la contratista, el artículo 113.4 TRLCAP no sólo establece, como apuntábamos con anterioridad, el efecto de la incautación de la garantía, sino también la indemnización a favor de la Administración de los daños y perjuicios ocasionados, en lo que exceda del importe de la garantía incautada.

En el asunto que nos ocupa, el Acuerdo que se propone al Pleno, si bien determina la incautación de la garantía prestada por la contratista, tanto la inicial, como la correspondiente al modificado, por un importe de 259.067,23 euros, no hace alusión al otro efecto (determinación de la indemnización por los posibles daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento), lo que exigiría, en todo caso, un expediente contradictorio que, normalmente, será un procedimiento *ad hoc* y posterior al expediente mismo de resolución con la finalidad de fijar con la mayor exactitud el importe de los daños, incluyendo todos los producidos hasta el instante mismo de la resolución del contrato, siempre y cuando excedieran de la garantía incautada. En dicho expediente se deberá otorgar al contratista un trámite de audiencia previo al acto que, en su caso, acuerde la referida obligación indemnizatoria adicional, siguiendo con ello el proceder que se deduce del artículo 113 RCAP, procedimiento que, al no versar ya propiamente sobre la resolución contractual ni la incautación y pérdida de la garantía, no requerirá el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución contractual sometida a consulta en cuanto procede la resolución del contrato por causa imputable a la contratista, con incautación de la garantía definitiva prestada por ésta, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta de este Dictamen, siempre y cuando se adopte por el órgano de contratación antes de la fecha indicada en la Consideración Segunda.

SEGUNDA.- Procede ordenar la liquidación de las cantidades que correspondan, en su caso, a los trabajos efectivamente realizados, así como, si procede, incoar procedimiento contradictorio para la fijación de la indemnización a favor del Ayuntamiento de los daños y perjuicios ocasionados, en lo que exceda de la garantía incautada, todo ello con audiencia previa de la contratista, en los términos que se contienen en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.S. resolverá.