



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Murcia, de 4 de abril de 2007, se adjudica mediante subasta a la mercantil "--, S.L." -única empresa que concurre a la licitación- la ejecución del proyecto de obras de "Vestuarios en campo de fútbol de El Raal (Murcia)", aprobado por acuerdo del mismo órgano de gobierno municipal, de fecha 7 de febrero.

Las obras son adjudicadas por importe de 225.000 euros, fijándose la garantía definitiva en 9.000 euros.

Del Pliego de Condiciones Jurídicas y Económico-Administrativas (PCAP), destacan los siguientes extremos:

- El tipo de licitación se establece en 235.082,61 euros, presupuesto del proyecto a ejecutar.
- La garantía definitiva se fija en el 4% del importe de adjudicación.
- El plazo de ejecución del proyecto se fija en ocho meses, computados a partir del día siguiente a la formalización del acta de replanteo. Además, la adjudicataria debe cumplir los plazos parciales que le serán señalados por la Dirección Técnica Municipal y presentar un programa de trabajo.
- Del resultado del replanteo y de las modificaciones que, en su caso, puedan introducirse en el calendario de obras presentado por el contratista se levantará Acta. El calendario de obras resultante de esta actuación que, en ningún caso, podrá superar el plazo previsto en el pliego para la ejecución total de las obras, tendrá que ser estrictamente cumplido por el adjudicatario.
- El incumplimiento del plazo de ejecución del contrato dará lugar a la resolución del contrato con pérdida de la garantía, a no ser que la Administración crea conveniente conceder un nuevo plazo, que será improrrogable sin perjuicio de las sanciones correspondientes.

SEGUNDO.- El 8 de mayo se formaliza el contrato de obras, cuyo precio se fija en 225.000 euros, pagadero mensualmente mediante certificaciones de obra ejecutada. El plazo de ejecución de las obras es de ocho meses a contar desde el día siguiente al acta de comprobación del replanteo, que se expedirá dentro de los diez días siguientes a la formalización del contrato.

TERCERO.- La comprobación del replanteo se retrasa hasta el 20 de julio, debido al incumplimiento por el contratista de su obligación de presentar en plazo (15 días desde la formalización del contrato) el Plan de Seguridad y Salud, a pesar de los requerimientos efectuados por la Administración.

CUARTO.- El 14 de agosto, el Arquitecto Municipal Director de las Obras informa que el acto de comprobación del replanteo no pudo formalizarse al no acudir el Coordinador de Seguridad, pese a estar convocado. En su virtud, se requiere, con fecha 30 de agosto, a la empresa para que formalice el acta de comprobación del replanteo.

Al folio 92 del expediente obra el Acta de comprobación del replanteo, sin que conste en ella observación o reparo alguno, por parte del contratista.

QUINTO.- El 15 de octubre, el Director de las Obras informa que éstas no se han iniciado pese a las órdenes dadas para ello, sin que la contratista haya realizado operación alguna al respecto, "*ni siquiera los trabajos iniciales de establecimiento (caseta y vallado)*".

Con fecha 25 de octubre, se notifica a la adjudicataria de las obras que, si en el plazo de dos días no comienza la ejecución, se procederá a la resolución del contrato con incautación de la garantía, confiriéndole trámite de audiencia por diez días.

Asimismo, se comunica al avalista la situación en la que se encuentra la ejecución de las obras y la posibilidad de que se resuelva el contrato con incautación de la garantía constituida mediante aval, confiriéndole trámite de audiencia por plazo de diez días.

SEXTO.- Contesta la empresa el 27 de octubre, mediante burofax, que comenzará las obras en el plazo de dos días concedido por el Ayuntamiento.

SÉPTIMO.- El 30 de enero de 2008 el Arquitecto Municipal informa que las obras siguen sin iniciarse.

OCTAVO.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno de 6 de febrero de 2008, se ordena iniciar expediente de resolución contractual por incumplimiento del contratista, con incautación de la garantía definitiva.

El acuerdo fue notificado a la contratista el 19 de febrero de 2008 y a la entidad avalista el 15 del mismo mes.

NOVENO.- En comunicación interior dirigida por el Jefe de Servicio de la Oficina Técnica de Arquitectura al de Contratación, Suministros y Patrimonio, tras visita de inspección, se hace constar que, a fecha 22 de febrero de 2008, las obras se estaban ejecutando.

DÉCIMO.- El 27 de febrero la empresa remite escrito de alegaciones al Ayuntamiento, en el que señala las circunstancias que impidieron el comienzo de las obras, aludiendo a problemas logísticos y de personal de la empresa y con las subcontratas que, ante la imposibilidad de comenzar las obras con medios propios, pretendían utilizar para iniciarlas. Posteriormente surgieron incidencias con los planos necesarios para acometer las obras y con diversas modificaciones sobre el Proyecto, propuestas por la Dirección Facultativa.

En el expediente remitido al Consejo Jurídico falta la página 4 del escrito de alegaciones. Éste finaliza con la petición de la contratista de un acuerdo para solucionar la situación.

UNDÉCIMO.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno, de 27 de febrero, se acuerda dejar sin efecto el de 6 de febrero, por el que se iniciaba el procedimiento de resolución del contrato, y ello en atención a que, de conformidad con la visita de inspección girada por el Jefe de Servicio de la Oficina Técnica de Arquitectura, las obras se estaban ejecutando.

DUODÉCIMO.- En comunicación dirigida por el Arquitecto Técnico Municipal al Jefe de Servicio de Contratación, Patrimonio y Suministros, se manifiesta que las obras, que debían haber finalizado el 20 de marzo, a fecha 9 de

abril están de nuevo paralizadas y suponen un riesgo para estructuras colindantes (una grada) y para los alumnos de un centro escolar próximo.

El 10 de abril, el Director de la Oficina de Gobierno Municipal requiere a la contratista para que, en un plazo de 24 horas, reanude la ejecución de las obras y adopte las medidas de seguridad adecuadas que eviten el grave peligro que la excavación realizada en el lugar de las obras supone para los alumnos de un centro escolar colindante.

Dicho requerimiento se notifica el 16 de abril.

DECIMOTERCERO.- Contesta la contratista negando que las obras se encuentren paralizadas. Antes al contrario, se habrían interrumpido para que la Dirección de Obra pudiera evaluar el impacto de las aguas de procedencia indeterminada que han aparecido durante la excavación y tomar las medidas de seguridad y salubridad oportunas, por lo que solicita poder continuar con la ejecución de la obra, para lo que pide una reunión que permita solventar el problema derivado del agua.

Asimismo, afirma que el vallado de seguridad se ajusta al Proyecto, no obstante lo cual solicita de la Dirección de Obra que redacte las especificaciones del vallado y aporte o requiera el modificado correspondiente, manifestando su disposición a aceptarlas.

Pide, finalmente, que se le facilite copia tanto del estudio geotécnico de la obra, porque no consta en sus archivos, como del Acta de aprobación del Plan de Seguridad y Salud, que no le ha sido notificada.

DECIMOCUARTO.- Las alegaciones de la empresa son valoradas por la Oficina Técnica de Arquitectura, señalando que la posibilidad de instalar un vallado más sólido fue propuesto en su día por el Director de las Obras, pero esa posibilidad se desestimó ya en diciembre de 2007, a la vista del presupuesto presentado por la empresa. En cualquier caso, ello no tiene por qué incidir en el curso de las obras.

Se afirma, también, que en ningún momento se indicó a la contratista que se interrumpieran los trabajos para evaluar el impacto del agua aparecida.

En relación con los cambios del personal asignado a las obras por la contratista, se recuerda la obligación de la empresa de comunicar cualquier variación que en este aspecto se produzca, facilitando los datos del nuevo personal de manera inmediata y no esperar durante meses a ser requerida por la Administración.

Finalmente, se afirma que no es obligación de la propiedad entregar a la contratista el estudio geotécnico y que no se advierte obstáculo en facilitarle una copia del Acta de aprobación del Plan de Seguridad y Salud, de julio de 2007.

A 7 de mayo de 2008, las obras siguen en el mismo estado que cuando se iniciaron los trámites para la resolución contractual.

DECIMOQUINTO.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno de 14 de mayo se requiere a la empresa para que reanude la ejecución de las obras, concediéndole un plazo de tres días para ponerse en contacto con la Dirección Técnica, con advertencia de continuar el procedimiento de resolución contractual, caso de desatender el citado requerimiento.

Se acuerda igualmente conferir trámite de audiencia a la contratista y a su avalista.

El Acuerdo se notifica a ambos interesados el 27 de mayo.

DECIMOSEXTO.- El 2 de junio la contratista presenta alegaciones para señalar su oposición a la resolución del contrato, dado que en sus anteriores escritos se solicitaba la suspensión del cómputo de los plazos de ejecución

de la obra hasta que por la Dirección de Obra se tomara una decisión acerca del agua aparecida en la excavación, siendo su voluntad continuar las obras hasta su total ejecución, manifestando que las obras no están paralizadas, en acreditación de lo cual se aporta fotografía.

DECIMOSÉPTIMO.- El 19 de septiembre se aprueba la certificación de obra nº 1, por importe de 48.206,72 euros, correspondiente al mes de julio de 2008.

DECIMOCTAVO.- El 29 de octubre el Arquitecto Técnico Municipal informa de una nueva paralización de las obras. Recoge las manifestaciones del encargado, quien afirma que *"el motivo de la demora es que aún no han encontrado empresa que termine las obras"*.

DECIMONOVENO.- El 20 de noviembre y tras "reiterar" el Servicio de Contratación, Patrimonio y Suministros la propuesta de resolución del contrato, se informa por el Arquitecto Técnico Municipal que a dicha fecha hay dos operarios trabajando en la obra, con la promesa de incrementar su número a cuatro, por lo que propone esperar unos días en orden a valorar si los trabajos se han reanudado o no correctamente.

VIGÉSIMO.- El 6 de febrero de 2009 se informa que las obras están abandonadas.

VIGESIMOPRIMERO.- El 2 de marzo se realiza relación valorada de las obras ejecutadas, que concluye como sigue:

"El importe total de lo ejecutado por --, S.L. asciende a la cantidad de 48.638,37 euros de ejecución material, restan por tanto por ejecutar un total de 112.999,56 euros también de ejecución material. Una vez aplicados los porcentajes correspondientes, la baja y el IVA, la cantidad ejecutada desde el inicio de las obras es de 64.800,78 euros y faltan por ejecutar un total de 160.199,22 euros.

A esta cantidad que resta por ejecutar, habría que añadir el coste que supone tener que excavar de nuevo en el perímetro del vestuario, ya que, a pesar de haberles indicado en repetidas ocasiones que debían retirar el escombro con que han rellenado la excavación, hasta la fecha no lo han hecho y esta unidad tiene un coste de 3.000 euros (retirada y relleno de zanjas), este importe podría deducirse de la fianza depositada en su día por --, S.L."

VIGESIMOSEGUNDO.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 10 de junio de 2009, se procede a:

- a) Declarar la caducidad del procedimiento de resolución contractual iniciado por Acuerdo del mismo órgano de 14 de mayo de 2008.
- b) Incoar nuevo procedimiento resolutorio por demora imputable al contratista, con incautación de la garantía definitiva.
- c) Conceder trámite de audiencia al contratista y su avalista.
- d) Valorar las obras ejecutadas en 63.127,56 euros, una vez aplicados los porcentajes a la baja y el IVA, por lo que resta por ejecutar obras por importe de 161.872,44 euros. El saldo de la liquidación es de 0 euros.

VIGESIMOTERCERO.- Notificado el anterior Acuerdo a la contratista y su avalista, la primera formula las siguientes alegaciones:

a) Que en su día se adjuntaron unos modificados debidos a la aparición del nivel freático que no han sido aprobados hasta el momento.

b) Que la empresa está pasando por serias dificultades técnicas y económicas que achaca a la situación de crisis generalizada en el sector, que han incidido de forma decisiva en la merma de medios, tanto propios como subcontratados, para la ejecución de las obras. La situación económica del sector constituye un supuesto de fuerza mayor, por lo que no es imputable a la empresa su incumplimiento contractual, motivado en buena medida por la falta de abono de otras obras por parte de otros organismos públicos, también en situación crítica. Estas circunstancias *"hacen materialmente imposible la prosecución de las obras que mantenemos en la actualidad y llevándonos a una situación cercana a la insolvencia (...) entendemos que va a ser muy difícil finalizar las obras en plazo, ni tan siquiera en plazo razonable"*.

c) Que atendiendo a la buena fe con la que ha actuado la empresa y dado que el incumplimiento de los plazos de ejecución no le sería imputable, propone la resolución por mutuo acuerdo del contrato, con devolución de la garantía constituida.

d) Presenta una liquidación de las obras ejecutadas en junio de 2009, que asciende a 15.624,20 euros.

VIGESIMOCUARTO.- Vistas las alegaciones de la contratista, el 20 de julio, el Arquitecto Técnico Municipal se ratifica en los informes anteriores, expresando su desacuerdo con la liquidación de obras presentada por la empresa. Manifiesta, además, que ha contactado con cinco empresas que ya han realizado trabajos para el Ayuntamiento y que estarían interesadas en terminar las obras.

VIGESIMOQUINTO.- Con fecha 24 de julio se eleva a la Junta de Gobierno la propuesta de remisión al Consejo Jurídico del expediente de resolución contractual para emisión del preceptivo Dictamen.

VIGESIMOSEXTO.- Con fecha 22 de septiembre de 2009, la Jefa del Servicio de Contratación, Patrimonio y Suministros formula propuesta de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, con incautación de la garantía definitiva y, con desestimación de la liquidación efectuada por el contratista, declara que el saldo de la liquidación es de 0 euros.

Con la misma fecha, el Teniente de Alcalde de la Presidencia ordena su elevación a la Junta de Gobierno Local para su aprobación.

VIGESIMOSÉPTIMO.- Recabado el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, se emite con número 177/2009, concluyendo en la necesidad de declarar la caducidad del procedimiento de resolución contractual y la ulterior incoación de uno nuevo con el mismo objeto.

VIGESIMOCTAVO.- El 28 de octubre de 2009, la Junta de Gobierno acuerda declarar la caducidad del procedimiento iniciado el 10 de junio del mismo año, incoar otro por las mismas razones que el anterior, cuyas actuaciones se incorporan al nuevo procedimiento, otorgando trámite de audiencia al contratista y a su avalista. Se comunica al contratista, asimismo, que la resolución determinará la incautación de la garantía.

El acuerdo valora las obras ejecutadas en 63.127,56 euros, una vez aplicados los porcentajes a la baja y el IVA, por lo que resta por ejecutar obras por importe de 161.872,44 euros. El saldo de la liquidación es de 0 euros.

VIGESIMONOVENO.- Notificado el 23 de noviembre el indicado acuerdo al avalista, no se puede practicar la notificación dirigida al contratista, constando en el documento postal correspondiente que aquél es desconocido en la dirección de destino y la anotación "*se ausentó sin dejar señas*".

El 24 de diciembre, se publica en el Boletín Oficial de la Región de Murcia anuncio por el que se procede a la notificación edictal del acuerdo.

No consta que ninguno de los interesados haya presentado alegaciones durante el plazo concedido al efecto.

TRIGÉSIMO.- Con fecha 20 de enero de 2010, el Teniente de Alcalde de Presidencia del Ayuntamiento de Murcia, actuando por delegación de la Junta de Gobierno Local, acuerda solicitar este Dictamen y suspender el plazo máximo para la resolución del procedimiento entre el tiempo que medie entre la petición y la recepción del Dictamen, comunicándolo a los interesados.

TRIGESIMOPRIMERO.- El 25 de enero, la Jefa del Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial elabora informe-propuesta de acuerdo a la Junta de Gobierno Local, para que se proceda a resolver el contrato, incautar la garantía, desestimar la propuesta de liquidación efectuada por el contratista por importe de 15.624,20 euros y aprobar una liquidación de las obras realizadas por importe de 0 euros. Valora las ejecutadas en 63.127,56 euros, una vez aplicados los porcentajes a la baja y el IVA, restando por ejecutar obras por importe de 161.872,44 euros.

Con la misma fecha, el Teniente de Alcalde de la Presidencia ordena su elevación a la Junta de Gobierno Local para su aprobación.

En tal estado de tramitación y una vez incorporado el preceptivo índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito que, recibido en el Consejo Jurídico el 28 de enero de 2010, tiene registro de salida del Ayuntamiento consultante dos días antes, el 26 de enero.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

La consulta se realiza por el Ayuntamiento de Murcia al amparo de lo dispuesto en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), que califica dicho Dictamen de preceptivo en los supuestos de nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Cabe inferir, por tanto, que la Corporación consultante considera que se da esta última circunstancia, la oposición del contratista, lo que exige una consideración detenida dadas las vicisitudes procedimentales por las que ha atravesado la resolución del contrato de referencia.

En efecto, iniciado el procedimiento de resolución contractual el 14 de mayo de 2008, finaliza mediante declaración de su caducidad por acuerdo de 10 de junio de 2009, el cual incoa nuevo procedimiento resolutorio que, a su vez, se extingue por caducidad, declarada por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 28 de octubre de 2009. El nuevo procedimiento de resolución contractual, el tercero, que incoa este acuerdo, es el que ahora se somete a consulta.

A la luz del expediente, se advierte que en este tercer procedimiento no consta oposición del contratista a la resolución del contrato. Dicha resistencia a la resolución contractual interesada por la Administración sí fue manifestada en los anteriores procedimientos ya caducados, pero no en éste, lo que obliga a considerar qué efectos pueden producir en el procedimiento actual las actuaciones practicadas en otros ya fenecidos. La

contestación a dicho interrogante ha de partir de la consideración de la caducidad como forma de terminación del procedimiento, de tal modo que, declarada la caducidad el procedimiento, éste finaliza y todas las actuaciones en él realizadas son archivadas, perdiendo su eficacia formal, de modo que, cuando se inicia otro por los mismos hechos y con los mismos sujetos, es necesario realizar de nuevo todos los trámites efectuados en el procedimiento caducado (alegaciones, audiencia, informes preceptivos, etc.), sin perjuicio de la posibilidad de utilizar en el nuevo procedimiento el resultado de las pruebas practicadas o informes no preceptivos evacuados en el anterior, pues su valor material (acreditación de hechos, validez, objetividad, etc.) no se ve contradicho o afectado por la caducidad declarada. Sí habrán perdido, no obstante, su efecto formal, de manera que, para poder ser aprovechado en el nuevo procedimiento, habrán de ser incorporados a éste de manera expresa, como de hecho ordena el acuerdo de incoación del presente procedimiento de resolución contractual.

Ahora bien, esta incorporación, que, en aras de un elemental principio de economía procesal (en rigor, procedimental), permite utilizar en el nuevo procedimiento los elementos de juicio aportados al ya terminado, no puede llevarse al extremo de eximir a la Administración de la realización de los trámites que configuran el procedimiento mismo, so pena de desnaturalizarlo y defraudar los efectos mismos de la caducidad.

En este escenario, la oposición del contratista a la resolución de la relación obligacional que le une a la Administración no es un mero hecho, sino verdadera declaración de voluntad, mudable en atención a las circunstancias de toda índole que pueden influir sobre el contratista y que exige su actualización y plasmación formal en el nuevo procedimiento. Para ello es un trámite adecuado el de audiencia, que acertadamente confiere el Ayuntamiento al contratista en el procedimiento sobre el que versa este Dictamen.

De acuerdo con lo hasta aquí dicho, la ausencia de constancia en el seno del nuevo procedimiento de la oposición del contratista a la resolución contractual, impediría tomarla en consideración, con las implicaciones procedimentales que, respecto a la no preceptividad del presente Dictamen, conllevaría. No obstante, las dificultades habidas en la notificación al contratista del acuerdo que le otorga trámite de audiencia -el de incoación del procedimiento-, que han obligado a la Administración a acudir a la vía edictal, cuya virtualidad es la de permitir considerar realizado el trámite, aun cuando es sobradamente conocido la escasa eficacia de este método de notificación para lograr que el destinatario del acto obtenga un cabal conocimiento del mismo, llevan al Consejo Jurídico al convencimiento de que la mercantil interesada no ha llegado a conocer de manera efectiva dicha oportunidad de reiterar su oposición a la resolución contractual, y que, de haber podido presentar alegaciones a dicho acuerdo, serían contrarias a aquélla, como ya hizo en cuanta ocasión tuvo en los anteriores procedimientos. En consecuencia, cabe entender que, en el supuesto sometido a consulta, existe oposición del contratista a la resolución del contrato.

En atención a tales circunstancias, y considerando, además, la finalidad garantista propia de la función consultiva de este Órgano, ordenada a la mayor adecuación de la actuación administrativa a la legalidad, máxime en procedimientos como el presente, que de forma tan sustancial pueden afectar a los derechos de los particulares, procede calificar este Dictamen como preceptivo.

SEGUNDA.- Cuestiones formales y normativa aplicable.

Pueden darse por reproducidas las Consideraciones que sobre dichos extremos se realizan en el Dictamen 177/2009, para evitar innecesarias repeticiones.

En cuanto a la ausencia del preceptivo extracto de secretaría y a la omisión de una página del escrito de alegaciones del contratista obrante en el primero de los procedimientos caducados, puestas de manifiesto en nuestro anterior Dictamen, siguen sin ser subsanadas.

TERCERA.- Cuestiones procedimentales.

De conformidad con 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, la resolución de oficio del contrato exige cumplir los siguientes trámites: a) dar audiencia al contratista por plazo de diez días naturales; b) al

avalista, si se propone la incautación de la fianza; c) informe del Servicio Jurídico; y d) caso de formular el contratista oposición, Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

El expediente acredita el cumplimiento de los trámites consignados con las letras a) y b). La emisión de este Dictamen persigue hacer efectivo el de la letra d).

Atendida la causa de resolución contractual esgrimida en la propuesta sometida a consulta, demora del contratista en el cumplimiento de los plazos de ejecución de las obras, no es preceptivo el informe del Servicio Jurídico.

Cabe afirmar, en consecuencia, que la tramitación seguida se ajusta a las normas que regulan este tipo de procedimientos, sin que se aprecien carencias esenciales. Procede, no obstante, efectuar una consideración acerca de la suspensión del plazo para resolver y notificar la resolución del procedimiento, acordada por el Teniente de Alcalde de Presidencia, con fecha 20 de enero de 2010.

La legislación contractual aplicable a la resolución del presente contrato no establece plazos específicos de duración de esta clase de procedimientos, ni previsiones relativas al silencio administrativo, si bien contempla la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Así, la Disposición adicional séptima del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (TRLCAP) establece que *"los procedimientos en materia de contratación administrativa se regirán por los preceptos contenidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siendo de aplicación supletoria los de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común"*.

Comoquiera que el TRLCAP no establece el plazo máximo de duración de los procedimientos de resolución contractual, sería de aplicación supletoria, pues, lo dispuesto en los números 2 y 3 del artículo 42 LPAC, debiendo quedar resuelto el procedimiento en un plazo máximo de tres meses contados a partir de la fecha del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de inicio de aquél, es decir, el 28 de octubre de 2009.

El plazo debería haber finalizado, pues, el 28 de enero de 2010. No obstante, con anterioridad a esta fecha se acuerda suspender el cómputo del plazo al amparo del artículo 42.5, letra c) LPAC, con ocasión de recabar este Dictamen. Esta posibilidad ha sido admitida por el Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos, el 90/2009). No obstante, advertíamos en otro algo más reciente (el 181/2009), emitido con ocasión de una consulta del mismo Ayuntamiento de Murcia, que, aun considerando que el Dictamen de este Consejo Jurídico, por provenir de un órgano consultivo al que la ley ha dotado de una especial cualificación e independencia, fuera de los calificados por dicho precepto como *"preceptivos y determinantes"* para la resolución de estos procedimientos (entendiendo tal expresión como referida a informes que el órgano competente debe recabar y tener necesariamente a la vista para resolver, aun cuando no sean estrictamente vinculantes, como viene a entender el Consejo de Estado en su Dictamen 2.072/1999, de 8 de julio), la efectividad de la suspensión del citado plazo de caducidad parece razonable referirla al momento en que la solicitud del Dictamen adquiere una trascendencia externa al propio órgano solicitante, pues ello otorga unas mayores garantías de control, pudiendo fijarse tal momento en la fecha en que la solicitud de Dictamen es registrada de salida en el correspondiente registro público (Dictamen 51/07 de este Consejo Jurídico). Considerando que en el presente caso ello sucedió el 26 de enero de 2010, cabría entender producida la suspensión desde esa fecha hasta la recepción del presente Dictamen.

Para ello, sin embargo, será preciso acreditar que la petición de Dictamen y consiguiente suspensión del plazo son comunicadas al interesado, no para demorar la eficacia de la suspensión acordada a la fecha en que se notifiquen tales acuerdos, como se razona en nuestro Dictamen 181/2009, pero sí a fines informativos del hecho de la solicitud y recepción del Dictamen (aunque en tal comunicación deban consignarse las fechas en que se entienda suspendido y reanudado el plazo de resolución del procedimiento, claro está), como exige el artículo 42.5, letra c) LPAC, al establecer que tanto la petición del informe como su recepción, deberán comunicarse al interesado.

En este sentido, la STSJ Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 10122/2004, de 4 de octubre, afirma que *"la Ley 30/1992, inspirada en principios de seguridad jurídica, pretende que los interesados conozcan cuál es el plazo máximo de resolución del expediente (véase por ejemplo el artículo 42.4) y choca con esta intención legal evidente el hecho de que pueda considerarse suspendido el plazo de resolución sin que el interesado lo sepa claramente (...) mal puede afirmarse que la suspensión se hubiera producido, pues ni se había acordado ésta ni se había notificado siquiera la petición del informe, notificación que sería precisa para la eficacia de la suspensión, como requisito imprescindible para que el interesado pueda combatir la procedencia misma de*

la suspensión y de la trascendencia del informe".

En cualquier caso, una vez recibido el presente por el Ayuntamiento se reanudará dicho plazo máximo, lo que deberá ser tenido en cuenta a los efectos pertinentes, máxime por la brevedad del plazo restante (dos días) para culminar el procedimiento y notificar la resolución que ha de recaer.

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 (20 de marzo de 2008), éstas no habían sido culminadas, pues, de acuerdo con la relación valorada de obras ejecutadas a 2 de marzo de 2009, el importe total de aquéllas ascendía a 48.638,37 euros, quedando pendiente de ejecutar 112.999,56 euros. Ya un mes antes de esa fecha, el 6 de febrero, se había constatado el abandono de las obras por el contratista y desde entonces no consta que se realizaran más trabajos, estando éstos paralizados, como pone de manifiesto el Arquitecto Técnico Municipal.

La no terminación de las obras es asimismo reconocida por el contratista quien, en sus alegaciones, admite expresamente el retraso en la ejecución de las obras así como la dificultad en finalizarlas en plazo, "*ni tan siquiera en plazo razonable*", pretendiendo únicamente justificar dicho incumplimiento en las razones que expone en su escrito, que culmina solicitando una resolución del contrato por mutuo acuerdo.

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 existía un plazo para la ejecución del contrato y dicho plazo se ha incumplido.

Además, dicha demora se ha debido en buena medida a la paralización y abandono de las obras por parte del 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 prevé éste su posible culminación aun fuera de plazo.

II. 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, determinaría la incautación de la garantía definitiva constituida (artículo 113.4 TRLCAP).

Como justificación del incumplimiento del plazo de ejecución de las obras, el contratista esgrime inicialmente, a modo de circunstancia obstativa del cumplimiento en plazo de su obligación, que ante la aparición de aguas correspondientes al nivel freático en la excavación de la obra se había interrumpido la ejecución de la obra para

evaluar el impacto de aquéllas en ésta. A lo que contesta el Ayuntamiento que en ningún momento se le ha indicado al contratista que hubiera de interrumpirse la obra para evaluar el impacto de las aguas aparecidas. Esta manifestación del Arquitecto Técnico Municipal es confirmada por el propio contratista, que en escrito posterior afirma que, ante la falta de respuesta del Ayuntamiento, *"ha reanudado las obras ciñéndose a las estipulaciones del contrato"*, de donde cabe considerar acreditado que la única parte del contrato habilitada para decidir la paralización o suspensión de la ejecución de la obra, el Ayuntamiento, no ordenó al contratista que parara los trabajos, siendo ésta una decisión unilateral de la empresa. Por otra parte, si ante la negativa de la Administración contratante a suspender los trabajos el contratista pudo reanudarlos ciñéndose a las estipulaciones del contrato, es evidente que el impacto de las aguas aparecidas en la obra no era suficiente como para determinar su paralización.

En cualquier caso, tal excusa de cumplimiento en plazo es abandonada por el contratista en el último escrito de alegaciones obrante en el expediente, correspondiente al último procedimiento caducado, en el que afirma que concurren las siguientes:

1. Causas de fuerza mayor.

Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor, a tenor de lo establecido en el artículo 144 TRLCAP, los siguientes:

- a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.
- b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.
- c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

El contratista, a quien corresponde la prueba de existencia de fuerza mayor (Dictamen núm. 44.382/1982, del Consejo de Estado), no ha acreditado la concurrencia de alguno de estos supuestos, sin que sea posible considerar ningún otro debido a que los casos enumerados en el citado precepto legal constituyen un *numerus clausus* (STS, Sala 3ª, de 12 de marzo de 2008). Pero es más, tal como ha manifestado el Tribunal Supremo, entre otras en su sentencia de 17 de noviembre de 1980, los casos de fuerza mayor *"no son causas justificantes de incumplimiento del contrato por parte del contratista, sino causa determinante de una indemnización a su favor, con el fin de favorecer, en la ejecución de las obras, los intereses de la comunidad"* y, cabría añadir también, que constituyen una causa de modulación de las gravosas consecuencias que podrían derivarse para el contratista de la estricta aplicación del principio de riesgo y ventura ex artículos 98 y 144 TRLCAP, en la ejecución de los contratos administrativos.

2. Falta de liquidez debida a la crisis que atraviesa el sector y a la demora en el cobro de las obras que ejecuta para otros organismos públicos.

El artículo 98 TRLCAP establece que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, principio profusamente aplicado por la jurisprudencia para rechazar las pretensiones indemnizatorias de los contratistas fundadas en circunstancias distintas de los supuestos tasados de fuerza mayor. En virtud de este principio, el contratista no puede esgrimir la variación en las circunstancias imperantes en el mercado para justificar el incumplimiento de las obligaciones nacidas de la relación contractual, entre las que se encuentra la de cumplir el plazo de ejecución.

No obstante, aun en el hipotético supuesto de haber concurrido las circunstancias que el contratista alega en su descargo (falta de liquidez por la crisis y demora en el cobro de otras obras) y que éstas hubieran acontecido antes del 20 de marzo de 2008, fecha límite para la ejecución de las obras, extremos todos ellos huérfanos de prueba, tampoco quedaría aquél exonerado de la obligación de cumplir el contrato en sus términos, incluido, como decíamos antes, su plazo de ejecución. En un supuesto similar al planteado en la consulta, la Sala de lo

Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, en sentencia 672/2001, de 14 de junio, señala que *"la resolución del contrato es achacable al contratista recurrente, (...), sin que haya probado que las dificultades económicas le surgieran por retrasos en el pago de otras administraciones públicas, y sin que la alegada mala situación económica pueda considerarse causa de fuerza mayor a efectos del incumplimiento del contrato"*.

En este sentido, tampoco se admite por la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que la intervención de terceros totalmente ajenos a la Administración contratante pero ligados contractualmente con el contratista (en el caso, esos otros organismos públicos que no le abonan obras ya ejecutadas) pueda convertirse en causa de exoneración de las obligaciones de éste, pues sólo a él es imputable haber elegido a esos terceros como parte de otros contratos, convirtiéndose en *"un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades sujetas a su control, no externo, imprevisible o inevitable"*, lo que impide calificar el incumplimiento de tales terceros como fuerza mayor en el seno de la relación contractual con la Administración, la cual, además, carecería de acción frente a esos terceros para reclamar el cumplimiento de sus respectivas obligaciones hacia el contratista. Así, SSTs de 1 de octubre de 1999 y 19 de junio de 1984, y Dictamen del Consejo de Estado 35/2000, de 20 de enero.

También el Consejo de Estado ha venido rechazando que puedan invocarse para justificar un incumplimiento de los plazos de ejecución razones de orden económico (Dictamen 1438/2001), afirmando en su Dictamen 45.216/1983, que *"los conceptos de crisis económica y conflictividad sociopolítica se sitúan en el ámbito del alea empresarial como riesgos que le son imputables con carácter general"*.

Debe indicarse, asimismo, que el carácter absolutamente imprevisible de la situación económica actual, con la fuerte contracción del sector de la construcción y las restricciones al crédito por parte de las entidades financieras, que se alega por el contratista para intentar justificar el incumplimiento de su obligación de ejecutar las obras en plazo, no puede ser acogido como excusa de cumplimiento del contrato válida y suficiente. Los cambios de carácter extraordinario en las circunstancias del mercado y del sector de actividad en el que opera el contratista pueden dar lugar, a lo sumo, a un reajuste de las obligaciones, singularmente económicas, derivadas del contrato, a través de la doctrina del riesgo imprevisible, pero, como ha señalado el Consejo de Estado, dicha doctrina *"no resulta de aplicación para justificar un incumplimiento, pues, sean cuales sean los riesgos que sobrevengan, la concesionaria se encuentra obligada a continuar con la gestión del servicio; lo que legitima la concurrencia de dichas circunstancias excepcionales, en las que el riesgo imprevisible se plasma, es a solicitar de la Administración la coparticipación en tales riesgos de acuerdo con los propios mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico"* (Dictamen 143/2003).

3. El principio de buena fe en la actuación de la contratista.

Carece de justificación el alegato del contratista de buena fe en su actuación, como argumento en contrario del incumplimiento culpable del contrato, puesto que, desde que se abandonaron definitivamente las obras en el mes de febrero de 2009 (con anterioridad también se habían detenido en determinadas fases y sólo se habían reanudado ante los continuos requerimientos de la Corporación contratante), el contratista no manifiesta al Ayuntamiento de Murcia la imposibilidad de proseguir con las obras, hasta julio de 2009, con la consiguiente afectación al interés público. Y ello a pesar de que la actitud del Ayuntamiento hacia el contratista ha sido la de posibilitar en todo momento el cumplimiento del contrato, aun fuera del plazo estipulado, para lo que le ha ofrecido múltiples prórrogas tácitas, que incluso determinaron la caducidad del primer procedimiento de resolución contractual, las cuales han sido reiteradamente desaprovechadas por el contratista.

Por otra parte, el devenir de la ejecución del contrato pone de manifiesto la escasa disposición del contratista hacia el puntual cumplimiento de sus obligaciones, y es que incluso antes de comenzar la ejecución de la obra, ya se produce el primer incumplimiento por parte de la mercantil adjudicataria del contrato, al retrasarse en la presentación del Plan de Seguridad y Salud en el Trabajo, pues en lugar de hacerlo a los 15 días de la formalización del contrato (cláusula 15.6 PCAP), es decir, como máximo el 23 de mayo de 2007, lo hace el 13 de julio, retrasando con ello la comprobación del replanteo, que no se puede realizar hasta el 20 de julio.

El 15 de octubre de 2007, el Arquitecto Municipal informa que las obras todavía no se han iniciado. Tras requerimiento a la empresa para que comience la ejecución de las obras, el 30 de enero de 2008, todavía siguen sin iniciarse, conforme informa el mismo técnico. La empresa intenta justificar estos retrasos en el comienzo de las obras en incidencias ocurridas en otras diferentes a la del objeto del contrato que, debido a circunstancias de fuerza mayor, impiden al contratista desplazar a la obra todo el personal que era necesario, surgiendo luego

incidencias tanto con las subcontratas que pretendían suplir tal ausencia de medios propios como con el personal de la empresa. Tales alegaciones no han sido objeto de la más mínima prueba y, en cualquier caso, como se ha argumentado más arriba, las relaciones jurídicas con terceros totalmente ajenos a la relación contractual formalizada con la Administración en modo alguno pueden amparar la falta de inicio de ejecución de las obras.

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 al contratista de las responsabilidades contraídas por el retraso y abandono definitivo de la ejecución de las obras que sólo a él 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 definitiva e indemnización a la Administración de los daños y perjuicios producidos por ese incumplimiento, en lo que no resulte cubierto por aquella garantía.

III. Improcedencia de la resolución por mutuo acuerdo que propone el contratista.

La empresa, en su escrito de alegaciones, propone la resolución del contrato por la vía del artículo 111, c) TRLCAP, es decir, por mutuo acuerdo de las partes. Tal causa de resolución comporta la confluencia del consentimiento de ambas partes para dejar sin efecto el contrato vigente (Dictamen del Consejo de Estado núm. 3.895, de 6 de febrero de 1997). No obstante, la Administración únicamente podrá prestar su consentimiento para la resolución por mutuo acuerdo cuando no concurra una causa de resolución imputable al contratista (artículo 112.4 TRLCAP), y, según ha quedado acreditado, concurren en el supuesto sometido a consulta las causas de resolución contempladas en el artículo 111, letras e) y g) TRLCAP, ambas imputables al contratista.

QUINTA.- Liquidación del contrato.

La propuesta de resolución sometida a consulta, junto a la resolución del contrato por causa imputable al contratista, propone también la liquidación del contrato.

Ningún obstáculo aprecia este Consejo Jurídico a la posibilidad de incorporar en el acuerdo resolutorio del contrato la liquidación del mismo, si bien para ello es necesario que el Ayuntamiento instruya adecuadamente el procedimiento de liquidación, por los trámites establecidos en los artículos 151 TRLCAP y 172 RCAP.

En el supuesto sometido a consulta, la propuesta fija una liquidación del contrato en 0 euros, tomando como base la relación valorada de las obras realmente ejecutadas, efectuada por un técnico municipal, sin que conste la presencia en el acto de medición de un representante del contratista, vulnerando así lo dispuesto por el artículo 151.1 TRLCAP, en cuya virtud, 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 del contratista, y siendo necesaria la citación de éste, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición. En este sentido, la jurisprudencia señala que la participación del contratista ha de darse *"en el tiempo anterior a su cuantificación"* (SSTS, 17 de noviembre de 1992 y 7 de febrero de 2000)

Por otra parte, la relación valorada en la que basa el Ayuntamiento su propuesta de liquidación en 0 euros, asciende a 64.800,78 euros (una vez incorporados baja e IVA) a 2 de marzo de 2009, mientras que la única certificación abonada al contratista, correspondiente a lo ejecutado hasta septiembre de 2008, es de un importe de 48.206,72, arrojando, por tanto, una diferencia de 16.594,06 euros.

Si a ello se añade que el informe del Arquitecto Técnico Municipal que rechaza la propuesta de liquidación efectuada por la empresa, se limita a manifestar su desacuerdo con la misma, sin expresar las razones del rechazo, no puede dictaminarse favorablemente la liquidación propuesta por la Administración consultante, atendidas las deficiencias formales y de motivación que han sido expuestas. Sobre la improcedencia de esta forma de rechazar la liquidación propuesta por el contratista, debe recordarse que el Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de noviembre de 1988 considera que se genera indefensión al contratista cuando *"las partidas de la liquidación no fueron discutidas una a una, tal y como la contradicción exige, sino que le fueron presentadas en bloque como constitutivas de un solo acto que debía aceptar o rechazar"*.

En consecuencia, procede dictaminar favorablemente la propuesta de resolución del contrato por causa imputable al contratista, con las consecuencias inherentes a dicho pronunciamiento; por el contrario, se dictamina desfavorablemente la liquidación del contrato, que debe seguir en todos sus trámites el procedimiento establecido, garantizando la participación en él del contratista.

En atención a la brevedad del plazo con que contará el Ayuntamiento para resolver y notificar la resolución del contrato al contratista, una vez levante la suspensión acordada tras recibir este Dictamen, cabría apuntar a la Corporación consultante la conveniencia de separar el procedimiento liquidador del estrictamente resolutorio del contrato, atendida la consecuencia de caducidad que el ordenamiento anuda a este procedimiento y que de forma inevitable se produciría de intentar integrar en la misma resolución la liquidación del contrato, en razón a las actuaciones que debería realizar el Ayuntamiento en orden a posibilitar la adecuada participación del contratista en la medición y valoración de las obras ejecutadas, en los términos indicados. De escindir la liquidación de las obras de la resolución del contrato, se podría integrar en el procedimiento necesariamente contradictorio que habría de seguirse para la determinación de eventuales daños y perjuicios para el Ayuntamiento, posibilitando incluso la compensación entre sus saldos.

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 a la procedencia de resolver el contrato por causa imputable al contratista, de conformidad con lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

SEGUNDA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución en el extremo relativo a la liquidación del contrato, por las razones expuestas en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.