



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 23 de noviembre de 2006, el Pleno del Ayuntamiento adjudica el contrato de obras para la ejecución de la "Casa Consistorial de Las Torres de Cotillas" a la Unión Temporal de Empresas (UTE) --, S.A. y --, S.A., por el precio de 5.397.759,99 euros, IVA incluido, por ser la proposición más ventajosa de todas las presentadas, al haber obtenido la mayor puntuación en el cómputo de los criterios de adjudicación del concurso convocado al efecto.

En el acuerdo Plenario de adjudicación se hace constar que el plazo de ejecución de la obra será de 16 meses, que se ejecutará de acuerdo al proyecto básico y de ejecución redactado por los arquitectos x. y. (empresa --, S.L.), aprobado por el mismo órgano el 28 de junio de 2006, y conforme a las propuestas formuladas por la UTE adjudicataria, incluyendo el programa de construcción ofertado. La dirección facultativa de las citadas obras recae también en los técnicos anteriores.

Las obras objeto del contrato se financian en base al convenio formalizado con la Consejería de Presidencia el 12 de diciembre de 2005, para la colaboración en los gastos ocasionados durante los años 2005, 2006 y 2007, con motivo de la financiación de la construcción de la nueva Casa Consistorial del municipio.

SEGUNDO.- El 29 de enero de 2007 se formaliza el contrato administrativo por el Alcalde, en representación del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas, y por el Gerente único de la UTE, en representación de la contratista, haciéndose 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."

Al contrato se le incorpora el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), también aprobado por el Pleno municipal el 26 de julio de 2006, según diligencia de la Secretaría de la Corporación.

TERCERO.- El 28 de febrero de 2007, dentro del mes estipulado para el levantamiento del acta de comprobación de replanteo, se formaliza ésta por el representante de la Administración (arquitecto municipal), por la contratista y por la dirección facultativa, haciendo constar que *"no existe disponibilidad real y efectiva de los terrenos hasta que no concluyan las obras de desvío de la acequia que atraviesa los mismos, se decide **No dar comienzo** a las obras."*

Ejecutados los trabajos de desvío de la acequia que impedían el inicio de las obras, se suscribe nueva acta de comprobación de replanteo 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.

CUARTO.- Tres meses después (el 8 de agosto), el Jefe de Edificación de --, S.A., una de las mercantiles integradas en la UTE, dirige escrito al arquitecto municipal del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas, en el que solicita la paralización temporal de las obras hasta que esté redactado y aprobado un proyecto modificado, que englobe todas las unidades de obras nuevas y modificadas, ya que *"a fecha de hoy todavía no disponemos de planos de estructura, distribución y superficies o incluso instalaciones, así como la ejecución de unidades no contempladas en el proyecto original, pudiendo resultar de esta situación anomalías de difícil o nula solución a posteriori de la obra"*.

QUINTO.- Consta la solicitud de autorización para la redacción del modificado del proyecto básico y de ejecución de la nueva Casa Consistorial de Las Torres de Cotillas, suscrita por la dirección facultativa de la obra, fechada en julio de 2008, en la que se expone que las obras se encuentran en un estado de ejecución que permite conocer con precisión y seguridad todas las incidencias naturales de su desarrollo, hasta poder cuantificar y valorar las modificaciones necesarias al contrato, asumiendo las incidencias registradas, así como las previsibles en el tiempo necesario hasta su efectiva finalización.

En consecuencia, se proponen una serie de modificaciones que afectan a los trabajos previos (retirada del telón anunciador de la obra, demolición de la fachada y de la estructura metálica, etc.), a la conservación de la chimenea existente, al refuerzo estructural, cubiertas, albañilería e instalaciones, en atención a las necesidades futuras del Ayuntamiento, a la fachada y a la urbanización, según la justificación que consta en el expediente. Por último, se incluye un cuadro económico del modificado, así como la parte correspondiente a los honorarios de la redacción del mismo, que supone en su conjunto un incremento del precio del contrato de 1.078.920,83 euros (un 19,99 %).

Asimismo consta un escrito, suscrito por la dirección facultativa del proyecto (se supone en la misma fecha), que propone aumentar el plazo de ejecución de 16 meses establecido en el contrato, a 22 meses (6 meses más).

SEXTO.- Respecto a la modificación propuesta del contrato suscrito, el Pleno municipal, en su sesión de 14 de octubre de 2008, aprueba la redacción del modificado del proyecto básico y de ejecución de la nueva Casa Consistorial, aprobando el gasto correspondiente, notificándose a la contratista y a la dirección facultativa el acuerdo. La elaboración del citado modificado, cuya versión definitiva lleva fecha de junio de 2009, propone finalmente una ampliación del plazo de ejecución de tres meses, haciendo la observación de que esta documentación sustituye a las anteriores, de manera que se realice una única modificación del contrato original en los términos que ahora se plantea.

SÉPTIMO.- 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 (empresa--, S.L.) 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.

OCTAVO.- El 21 de diciembre de 2009, el arquitecto municipal emite informe en el que señala:

"Las obras de construcción de la Casa Consistorial de Las Torres de Cotillas, situada en la calle D'Stoup de Las Torres de Cotillas, se encuentran en fase de ejecución desde el día 2 de mayo de 2007 (fecha de la firma del acta de comprobación de replanteo), siendo su plazo de ejecución 16 meses.

Con fecha 31 de julio de 2009 se aprueba el Modificado núm. 1 del Proyecto Básico y de Ejecución, el cual amplía el plazo de la obra en 3 meses más, firmándose el Acta de Comprobación de Replanteo y Comienzo de Obras el día 14 de septiembre de 2009.

Visitada la obra el día de hoy, el técnico municipal que suscribe informa que habiendo transcurrido el plazo de ejecución, la edificación no está terminada."

NOVENO.- El mismo arquitecto municipal emite un segundo informe el 14 de enero de 2010, en el que expone:

"1.- Que habiendo transcurrido el plazo de ejecución de obra, la edificación no está terminada.

2. Que aún queda por ejecutar en un porcentaje aproximado del 7%, según presupuesto certificado.

3. Que se continúa trabajando en la obra, pero a un ritmo muy lento y sin casi personal (se observan dos pintores realizando trabajos de pintura en el exterior del edificio, dos peones de albañilería rejuntado pavimento de adoquín y otro fratasando el canto del forjado junto a la rampa de bajada a la plaza)."

El tercer informe del técnico municipal data de 28 de enero siguiente, en el que expone que se continúa trabajando en la obra, pero a un ritmo muy lento y sin casi personal (se observan dos peones de albañilería haciendo repasos de acabado y limpieza de la obra).

DÉCIMO.- Con fecha 2 de febrero de 2010 se acuerda por el Pleno municipal 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).

UNDÉCIMO.- Se incorpora al procedimiento un certificado de la Secretaria de la Corporación municipal, con el visto bueno de la Alcaldía, de 25 de enero de 2010, que detalla las certificaciones aprobadas hasta entonces (un número total de 28), la última de 4 de diciembre de 2009 (correspondiente al mes de noviembre) y con fecha de aprobación de 17 de diciembre, por un montante de 2.125.456,63 euros.

DUODÉCIMO.- Con fecha 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, en virtud de las siguientes alegaciones:

1ª) La ejecución de las obras ha estado suspendida por un plazo superior a 23 meses, dada la importante demora producida entre la remisión del escrito de solicitud de suspensión de las obras, que fue presentada por la contratista el 8 de agosto de 2007 -por la grave indefinición que presentaba el proyecto de ejecución de la obra-, hasta la aprobación del proyecto modificado, por causas ajenas a aquélla, dado que la autorización para la redacción del citado modificado no fue otorgada por el Pleno municipal hasta el 14 de octubre de 2008, siendo aprobado el 30 de julio de 2009.

2ª) Dada la falta de contestación a la solicitud de suspensión de la contratista, ha de entenderse tácitamente prorrogado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 96.2 TRLCAP, al no ser imputable a la misma las causas de la paralización de las obras, pendientes de la aprobación del modificado, y no haber podido ejecutar las obras.

3ª) Se interpreta erróneamente por el Ayuntamiento la prórroga de tres meses recogida en la cláusula segunda del contrato modificado, por cuanto dicha prórroga, al encontrarse motivada como consecuencia del aumento de las unidades de obra, debe entenderse como acumulativa, y no sustitutiva del plazo inicialmente contemplado para la ejecución, resultando ilógico que se pretenda realizar en tres meses el mismo volumen de obra que el previsto para 13 meses.

4ª) Se alegan vicios procedimentales, en tanto no se ha dado traslado a la contratista del informe del arquitecto municipal, que ha servido de base para la incoación del presente procedimiento de resolución contractual.

5ª) La demora alegada no es imputable en ningún caso a la UTE, sin que haya probado el Ayuntamiento una voluntad rebelde de la contratista a su cumplimiento, ni el abandono definitivo de la obra (artículo 1.124 del Código Civil).

6ª) A la fecha de la presentación del escrito, se ha certificado la cantidad de 5.974.364,20 euros, lo que equivale al 92,24 % del presupuesto del contrato con fecha diciembre de 2009, quedando pendiente de certificar los trabajos realizados con fecha 10 de febrero de 2010, cuyo importe completa el presupuesto vigente de 6.476.680,83 euros.

7ª) La obra se encuentra prácticamente finalizada, por lo que el presente expediente de resolución contractual debe ser archivado, al no encontrarse fundado en causa de interés público, siendo firme y patente nuestra voluntad de proceder con carácter inmediato a la finalización de las obras.

8ª) La suspensión de las obras ha provocado unos daños a la contratista, que se reserva el derecho a una indemnización en concepto de todos los perjuicios causados.

DECIMOTERCERO.- Previo informe de la Secretaria de la Corporación Municipal de 26 de febrero de 2010, que examina en detalle las alegaciones presentadas por la contratista, se formula propuesta por la Concejalía correspondiente en la misma fecha, desestimando las mismas, por cuanto la contratista 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 las sucesivas prórrogas, 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.

DECIMOCUARTO.- Con fecha 1 de marzo de 2010 (registro de entrada) se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

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.

En cuanto a los requisitos formales que ha de cumplir la consulta a este Órgano Consultivo, si bien se incluye un índice con los documentos que integran el expediente, la copia remitida no se encuentra foliada, como exige el artículo 46.2,c) de su Reglamento de Organización y Funcionamiento (Decreto 15/1998, de 2 de abril), lo que hubiera facilitado la cita de las actuaciones en el presente Dictamen. Tampoco se han remitido los documentos que se acompañan al escrito de oposición de la contratista, si bien ello no es motivo para requerir que se complete el expediente, en tanto constan ya incorporados al mismo (contrato de obra, acta de comprobación de replanteo, escrito de solicitud de paralización de obras, acuerdos del Pleno municipal sobre el contrato modificado y su formalización).

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 registrarán, 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.

De otra parte, no se sustentan los alegatos de la contratista de indefensión por defectos procedimentales, concretamente por la falta de notificación del informe del Arquitecto Municipal (no forma parte de la dirección facultativa de la obra), 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) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo sucesivo 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.

No obstante, llama la atención que en el procedimiento no conste el informe de la dirección facultativa de la obra, contratada por el Ayuntamiento a la empresa --, S.L (arquitectos x. y.), a su vez redactores del proyecto, que fue aprobado por el Pleno municipal el 28 de junio de 2006.

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, el órgano de contratación dispone de tres meses para adoptar y notificar la resolución (artículos 44.2 y 42.3 LPAC), plazo que cumpliría el próximo 2 de mayo de 2010, en atención a que fue incoado el procedimiento el 2 de febrero anterior, y no haberse acordado la suspensión del plazo entre el tiempo que media entre la petición y la recepción de nuestro Dictamen (artículo 42.5,c LPAC).

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

1. Plazo para la ejecución de las obras.

Dado que el plazo de ejecución de las obras, cuyo incumplimiento se alega por el Ayuntamiento para la resolución del presente contrato, es una cuestión discutida por la contratista en el presente procedimiento, este Órgano Consultivo considera que procede examinar el requisito temporal del contrato, teniendo en cuenta las incidencias acontecidas durante su desarrollo:

a) El plazo de ejecución de la obra "Casa Consistorial de Las Torres de Cotillas", según el contrato formalizado el 29 de enero de 2007, era de 16 meses, contado desde el día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo. Dicha acta se formalizó finalmente, sin reservas por la contratista, el 2 de mayo de 2007, reflejando que han concluido los trabajos de desvío de la acequia que impedía el inicio de las obras, dando comienzo a los trabajos de construcción. Conforme a este plazo estipulado en el contrato inicial, la obra debería haber finalizado el 3 de septiembre de 2008.

b) Con posterioridad, no consta en el expediente que las obras se paralizaran temporalmente por el órgano de contratación durante el citado plazo, pese a que se solicitó por el Jefe de Edificación de --, S.A., una de las empresas de la UTE (no por el representante de la contratista), tres meses después de la formalización del acta de replanteo, mediante escrito de 8 de agosto de 2007, hasta tanto se redactara y aprobara el proyecto modificado. Tampoco consta una petición en tal sentido por la dirección facultativa al órgano de contratación.

c) Aun cuando la solicitud de la dirección facultativa para la redacción del proyecto modificado data de julio de 2008 (en la carátula también figura la empresa contratista), la autorización para redactar el modificado fue concedida por el Pleno municipal el 14 de octubre de 2008 (ya había finalizado el plazo inicial de 16 meses), siendo finalmente aprobado el proyecto modificado el 30 de julio de 2009, es decir, 10 meses después de la finalización del plazo del contrato inicial, si bien ha de reiterarse que durante la tramitación del modificado no se adoptó por el órgano de contratación la suspensión de las obras, sin que conste en el expediente el pronunciamiento de la dirección facultativa a este respecto, y la aclaración, en su caso, de que la tramitación del modificado no exigía la suspensión parcial de la ejecución de la obra (nada se indica en este sentido en el expediente), al amparo de lo dispuesto en el artículo 146.4 TRLCAP.

Durante este tiempo tampoco consta que se prorrogara expresamente el plazo por el órgano de contratación (artículo 67.1 TRLCAP), como parece sostener el informe de la Secretaria de la Corporación, al hacer referencia a los seis meses que se solicitaron por la dirección facultativa con la primera documentación presentada para la autorización de la redacción del modificado, pues no consta ningún acuerdo adoptado en tal sentido por el órgano de contratación, siendo luego sustituida tal documentación por la versión definitiva, en la que figuran 3 meses de prórroga, que sí fueron acordados como más adelante se expresa; sin género de dudas, puede afirmarse que durante el citado periodo (desde la finalización de los 16 meses, hasta el otorgamiento de la prórroga de 3 meses) se produjo una tolerancia de la Administración al cumplimiento en mora de la contratista, pues continuaron la ejecución de las obras por aquélla, pese a que ahora sostenga lo contrario en el escrito de oposición; prueba de ello son las certificaciones aprobadas durante aquel periodo, como refiere el informe de la Secretaria de la Corporación. Sin duda alguna, la dirección facultativa hubiera aclarado todas estas cuestiones, si se hubiera

solicitado su informe por el órgano instructor del presente procedimiento.

d) 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 otorga 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, sin reservas por parte de la contratista. Claro está que difícilmente puede prorrogarse un plazo que ya había ya fenecido, habiéndose adoptado por el órgano de contratación, por tanto, sin el cumplimiento de los requisitos temporales previstos en el artículo 100 RCAP.

Así pues, el plazo total de ejecución se encontraba cumplido en la indicada fecha (diciembre de 2009), superadas en exceso las previsiones iniciales del contrato suscrito (32 meses reales).

2. Estado de las obras.

A fecha 28 de enero de 2010, según el último informe del arquitecto municipal, quedaba por ejecutar obra en un porcentaje aproximado del 7%, según presupuesto certificado, observando que continuaban los trabajos, aunque a un ritmo muy lento y casi sin personal.

En fecha posterior, sin que el Ayuntamiento haya acordado ninguna medida cautelar respecto a la ejecución de la obra durante la tramitación del presente procedimiento de resolución contractual, se dispone de la siguiente información aportada por la contratista, correspondiente a la fecha de la presentación del escrito de alegaciones (12 de febrero de 2010), en la que se expresa que *"se han certificado 5.974.364,20 euros, lo que equivale a 92,24 % del presupuesto del contrato con fecha diciembre de 2009, quedando pendiente de certificar los trabajos realizados con fecha 10 de febrero de 2010, cuyo importe completa el presupuesto vigente."*

De los datos anteriores se desprende que durante este tiempo han continuado ejecutándose los trabajos pendientes (se desconoce el grado de terminación de las obras en la actualidad), citando la contratista los realizados con fecha 10 de febrero de 2010 (fecha posterior al último informe del arquitecto municipal), por lo que este Consejo Jurídico ha de considerar también la alternativa de que la obra se encuentre terminada actualmente, en cuyo caso ha de plantearse si procede la causa de resolución contractual invocada, con independencia de que pudieran concurrir otras causas no alegadas en el presente procedimiento.

3. Incidencia del modificado en el plazo de ejecución.

Un aspecto no aclarado en el procedimiento, sobre lo que también sustenta la oposición a la resolución contractual la UTE, es la incidencia que tuvo el modificado en la duración y ejecución de la obra.

La respuesta a la solicitud del Jefe de Edificación de --, S.A., dirigida al arquitecto municipal el 8 de agosto de 2007 (tres meses después del acta de replanteo), por la que se solicita la paralización de las obras hasta tanto esté redactado y aprobado un proyecto modificado que englobe todas las unidades de obras nuevas y modificadas, ya que a esa fecha no disponían de planos de estructura, distribución y superficiales, así como la ejecución de unidades no contempladas en el proyecto inicial, no se encuentra documentada en el expediente, si bien, en contraste con la justificación del proyecto modificado presentado por la dirección facultativa un año después (en julio de 2008), responde al recálculo de la cimentación y de la estructura para admitir las cargas correspondientes a la futura ampliación de dos plantas más, que requería, por un lado, cambiar la tipología de cimentación en la zona de la torre, de zapatas aisladas a losa, y por otro lado el aumento de secciones y cuantías en general del resto de la estructura, al igual que un aumento de la superficie de tabiquería de ladrillo, y una revisión completa de las instalaciones del edificio para aumentar su capacidad; otro tipo de modificaciones atañen a la impermeabilización perimetral y de la plaza en nivel 1, conservación de la chimenea existente, así como un cambio en la solución de la fachada, por las dificultades de la contratista para garantizar la prevista en el proyecto inicial. Por último, se propone un cambio de pavimento en la urbanización exterior.

De ahí, que resulte singularmente importante recabar el parecer de la dirección facultativa sobre si, ante estos cambios, se autorizó (aunque no se formalizara) la paralización parcial de la ejecución de las obras durante la tramitación del modificado, o si se consideró que los cambios no demandaban tal suspensión parcial de su ejecución, a la vista del escrito presentado inicialmente por un técnico de la mercantil.

CUARTA.- Estado del contrato y posibilidad de resolver.

Conforme a lo señalado en la Consideración anterior, este Consejo Jurídico considera, en función de si se han terminado o no las obras actualmente, las siguientes alternativas del órgano de contratación.

1. En la hipótesis de que las obras hubieran terminado en la actualidad, según sostiene la contratista en el escrito de oposición, que hace referencia a los trabajos realizados en febrero (posterior a la emisión del último informe del arquitecto municipal), siempre y cuando fueran recepcionadas, a cuyo fin debería recabarse el informe de la dirección facultativa, resultaría improcedente la resolución de un contrato ya extinguido, sin perjuicio de que el incumplimiento del contratista acreditado en tiempo y forma permita a la Administración declarar la responsabilidad de aquél y, en consecuencia, su obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, conforme a lo previsto en el artículo 43.2,b) TRLCAP para lo que habría de instruirse el oportuno expediente, ya sin la intervención preceptiva de este Consejo Jurídico.

A este respecto, en nuestro Dictamen 27/2004 se indicó:

"El modo normal y deseable de terminación de los contratos administrativos es el cumplimiento de lo pactado. El Consejo de Estado tiene declarado que "el contrato de obras está concluso y terminado en el momento en que termina la realización de las obras y, por parte de la Administración, en el momento que las recibe y asume la contraprestación de satisfacer el precio definitivo que le corresponde. Estos dos momentos coinciden en la llamada recepción y liquidación provisionales. Cualquier reclamación formulada después debe considerarse extemporánea, por haberse concluido la relación contractual" (Dictamen 51.612, de 25 de febrero de 1988); que la recepción "pone fin a la relación sinalagmática establecida, en cuanto a prestaciones contractuales" (Dictamen 51.614, de 25 de febrero de 1988).y que "la resolución sólo es procedente antes de que se haya producido la extinción por otras causas" (Dictamen 2.205, de 20 de julio de 2000). En el mismo sentido se expresa la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de septiembre de 1999, cuando afirma que recibidas provisionalmente las obras, si con posterioridad aparecen defectos en lo construido, la resolución del contrato resulta improcedente pues las obras habían sido terminadas y el contrato ejecutado, aun cuando lo fuera defectuosamente."

La doctrina jurisprudencial (por todas, SSTs, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 29 de diciembre de 1988 y de 25 de enero de 1994), afirma que la resolución exige, como condición básica para su ejercicio, que el contrato se encuentre pendiente en cuanto a las prestaciones de una de las partes contratantes.

Son, también, muy numerosos los Dictámenes del Consejo de Estado, que supeditan la acción de resolución a la existencia de un contrato pendiente de cumplimiento, pues, como señala el Dictamen de 25 de noviembre de 1993, *"la resolución supone la extinción del vínculo contractual por cualquier causa distinta de su conclusión y cumplimiento"*.

Al igual que este Consejo Jurídico, en la Memoria correspondiente al año 2009 (pág. 50), señala que si la obra se hubiera ejecutado y recibido resultaría improcedente la resolución de un contrato ya extinguido.

En tal sentido, el artículo 110 TRLCAP establece que el contrato administrativo se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto. En todo caso, su constatación exigirá por parte de la Administración *"un acto formal y positivo"* de recepción o conformidad dentro del mes siguiente de haberse producido la entrega o realización del objeto del contrato (cláusula 34 PCAP).

No obstante, podría ocurrir que las obras no se hallen en estado de ser recibidas, en cuyo caso la dirección facultativa ha de señalar los defectos observados y detallar las instrucciones precisas fijando un plazo. Si transcurrido dicho plazo el contratista no lo hubiese efectuado, podrá procederse a la resolución del contrato (cláusula 34.5 PCAP), pero ya no por la causa invocada en el presente procedimiento (demora en el cumplimiento del plazo total de ejecución).

2. De mantenerse el presupuesto de partida del presente procedimiento, en cuanto que las obras no se hubieran terminado en la actualidad, para lo que, igualmente, se requiere un informe de la dirección facultativa que aclare tales extremos, habiendo incurrido en mora la contratista, el órgano de contratación está facultado (artículo 95.2 TRLCAP) para la resolución del contrato o para la imposición de penalidades, como se especifica en la cláusula 37

Con carácter general, cuando queda pendiente de ejecutar un porcentaje tan pequeño, la vía de resolución, en lugar de forzar su terminación con imposición de penalidades, puede no ser la que mejor satisfaga el interés de la Administración (complejidad del procedimiento de resolución, nueva contratación, aplazamiento de la terminación de la obra, etc.), si bien esta última opción (imposición de penalidades) ha sido rechazada implícitamente por el órgano de contratación en el presente caso, a tenor de las consideraciones que se recogen en el informe de la Secretaria de la Corporación, de 26 de febrero de 2010, sobre la posibilidad de la contratista de terminar las obras, en el que señala que "con fecha 23 de febrero de 2010 la mercantil --, S.A. ha presentado concurso voluntario de acreedores ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid", si bien ha de realizarse la matización de que no sólo dicha mercantil integra la UTE adjudicataria.

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

CONCLUSIONES

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 la 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.

No obstante, V.S. resolverá.