



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 20 de noviembre de 2007 el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) adjudicó a "--, S.L." (hoy "--, S.L.") el contrato de ejecución de las obras de ampliación y reforma del Centro de Salud de La Unión, por un importe de 2.332.141,71 euros y un plazo de 24 meses desde el día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo, que tuvo lugar, sin reparos sustanciales, el 24 de enero de 2008.

SEGUNDO.- El 28 de octubre de 2008, el director de las obras y el de ejecución de las instalaciones informan que, visitada la obra el 16 anterior, se comprueba que su ritmo de ejecución en las últimas semanas era muy lento, y que posteriormente se verifica que la obra está parada.

TERCERO.- El 10 de septiembre de 2009 los citados facultativos informan que, visitada la obra en el mes de agosto y el 8 anterior, comprueban que la obra está parada y que, según el planning del contrato, la primera fase de las obras tendría que haber terminado en el mes de mayo, resultando que todavía queda por ejecutar el 42% de dicha fase.

CUARTO.- Mediante escrito fechado el 16 de diciembre de 2009, la contratista manifiesta que tiene la "*firme determinación*" de cumplir con sus compromisos contractuales, pero que la actual coyuntura económica ha provocado el cese de la actividad de determinadas subcontratas, por lo que se han visto obligados a la reorganización y reprogramación de los trabajos de ejecución de las obras, por lo que solicita una ampliación del plazo contractual en doce meses.

QUINTO.- El 18 de diciembre de 2009 el director de las obras informa que, por lo realizado hasta ahora y con los datos del planning del proyecto, harían falta quince meses para poder terminar las obras que restan. Añade que no existe ninguna causa de tipo técnico que justifique el retraso experimentado, siendo éste imputable sólo a problemas internos de la contratista.

SEXTO.- El 14 de enero de 2010 el director de las obras informa, entre otros extremos, que sólo se ha ejecutado el 37,84% del total del presupuesto de ejecución material de la obra, reiterando que no existe ninguna causa de tipo técnico que justifique dicho retraso, siendo imputable sólo a problemas internos de la empresa.

SÉPTIMO.- El 16 de febrero de 2010 el Director Gerente del SMS acuerda imponer penalidades diarias a la contratista, a razón de 0,12 euros por cada 601,01 euros del precio del contrato, lo que resulta una penalidad diaria de 465,64 euros que, aplicado a 12 meses de ampliación del plazo del contrato, que asimismo se acuerda, dará lugar a una penalidad total de 169.958,60 euros, a descontar de las siguientes certificaciones de obras.

OCTAVO.- El 25 de marzo de 2010 el director de las obras informa que, visitada la obra el 18 anterior, se comprueba que apenas se han realizado unidades nuevas de construcción en los últimos meses, verificando que la obra está parada.

NOVENO.- El 7 de abril de 2010, el Director Gerente del SMS acuerda iniciar procedimiento para la resolución del contrato.

DÉCIMO.- El 12 de abril de 2010, el Servicio Jurídico del SMS informa que, de acuerdo con la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, no es preceptivo otro trámite que la audiencia del contratista y el dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en el caso de formularse oposición por el contratista.

UNDÉCIMO.- A petición del SMS, el 22 de abril de 2010, la Oficina Técnica de Obras del SMS emite informe sobre el estado de las obras en cuestión, siendo visitadas el 21 anterior, en que se constata la inactividad en las mismas, al igual que en tres anteriores visitas, según se indica. Añade que las obras se encuentran *"sin modificación alguna respecto a la última certificación emitida y aprobada correspondiente al mes de septiembre de 2009"*, adjuntando un reportaje fotográfico de las mismas.

DUODÉCIMO.- El 30 de abril de 2010 la contratista presenta escrito de alegaciones en oposición a la resolución del contrato.

En síntesis, expresa que en su día no incurrió en incumplimiento del plazo del contrato por causa imputable a la misma, sino por circunstancias ajenas derivadas de la coyuntura económica actual, motivo por el cual, mediante Resolución de 16 de febrero de 2010, se le concedió una prórroga del plazo contractual por 12 meses, plazo que aún no ha concluido. Considera por ello que la iniciativa de resolver el contrato, adoptada un mes y medio después de conceder tal plazo, es contradictoria con aquel acto, tras el cual la empresa ha cumplido sus obligaciones contractuales porque ha continuado con la ejecución del contrato. Además, considera que, de acuerdo con el artículo 172 del Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RLCAP), junto al acuerdo de iniciación del presente procedimiento debería haberse notificado la liquidación del contrato, lo que, al no hacerse así, determina la invalidez de dicho acuerdo, según jurisprudencia que cita. Termina solicitando la anulación del citado acuerdo de iniciación, el archivo del procedimiento y que se esté a lo establecido en la mencionada Resolución de 16 de febrero de 2010 (se refiere, en concreto, a *"la retroacción"* de las actuaciones a lo acordado por aquélla).

DECIMOTERCERO.- El 13 de mayo de 2010, el Servicio de Obras y Contratación del SMS emite informe sobre las alegaciones de la contratista.

En síntesis, señala que la Resolución de 16 de febrero de 2010 acordó la prórroga del contrato como una consecuencia necesaria, ex artículo 98 RLCAP, de la previa imposición de penalidades a la contratista, fundadas éstas en los informes emitidos por la dirección de las obras, que ponían de manifiesto la falta de ejecución de un importante porcentaje de las obras, vista la inminencia de la finalización del plazo contractual y de que no se acreditaban causas ajenas al contratista que justificaran su incumplimiento contractual y eliminaran la operatividad de su riesgo y ventura; es decir, que se procedió conforme a la posibilidad que otorga la legislación de contratos de las Administraciones Públicas cuando se advierte un incumplimiento de los plazos parciales o total del contrato por causa imputable al contratista y el órgano de contratación no decide la resolución del contrato, sino su continuación, con imposición en tal caso de penalidades, para compelerle así a su debido cumplimiento, acordando consecuentemente la prórroga del plazo contractual que se estime necesaria para que pueda efectuar dicho cumplimiento, que se cifró en 12 meses.

Por otra parte, señala que la resolución del contrato es posible porque el artículo 95.4 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LCAP (TRLCAP) permite proceder a tal resolución cuando el importe de las penalidades alcance el 5% del precio del contrato, resultando que las penalidades fijadas en la citada Resolución de 16 de febrero de 2010 son de cuantía superior a tal porcentaje (aunque se lleven devengadas penalidades por importe cercano al 2% de dicho precio). En cualquier caso, señala que, de acuerdo con los informes emitidos, las obras siguen paradas, de forma que tras 4 meses desde el inicio del nuevo plazo concedido por dicha Resolución, la contratista no ha realizado actividad alguna, por lo que se presume razonablemente que no podrá cumplir con el objeto del contrato en dicho plazo, lo que constituye una nueva causa de resolución del contrato. Por lo que respecta a la liquidación del contrato, señala que lo procedente es que se realice al tiempo de acordar la resolución de éste, no antes.

DECIMOCUARTO.- El 19 de mayo de 2010 se formula propuesta de acuerdo de resolución del contrato, con los efectos previstos en el artículo 113.4 TRLCAP, es decir, con incautación y pérdida de la garantía prestada por la contratista por derivar la resolución contractual de un incumplimiento culpable de la misma, de acuerdo con los

informes previamente emitidos.

DECIMOQUINTO.- Mediante resolución de 20 de mayo de 2010, el Director Gerente del SMS acuerda que se solicite el preceptivo dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia y que se suspenda, por tal motivo, el plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento de resolución contractual.

DECIMOSEXTO.- Mediante oficio registrado de salida el 26 de mayo de 2010, y de entrada en este Consejo Jurídico el siguiente 27, el Secretario General de la Consejería de Sanidad y Consumo, por delegación de la Consejera, solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

DECIMOSÉPTIMO.- Mediante oficio registrado de entrada en este Consejo Jurídico el 1 de junio de 2010, el citado Secretario General nos remite Resolución del Director Gerente del SMS por la que se declara la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento, con efectos desde el 26 de mayo anterior, fecha de registro de salida de la solicitud de dictamen a este Consejo Jurídico.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

En presencia de un procedimiento de resolución contractual a la que se opone el contratista, la consulta está comprendida en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 249.2 TRLCAP, aplicable al contrato de referencia, por lo que el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Competencia y procedimiento.

I. Compete al Director Gerente del SMS, en cuanto órgano de contratación, resolver el presente procedimiento.

II. A la vista de las actuaciones practicadas, puede decirse que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido para esta clase de procedimientos, pudiendo entrarse en el fondo de las cuestiones objeto del mismo.

Suspendido el plazo máximo de tres meses para la resolución del presente procedimiento a virtud de la solicitud del preceptivo y determinante Dictamen de este Consejo Jurídico, con efectos desde la fecha de registro de salida del escrito de consulta (vid. Dictámenes nº 51/2007 y 181/2009), una vez recibido el presente por el órgano consultante se reanuda dicho plazo máximo, lo que deberá ser tenido en cuenta a los efectos pertinentes.

TERCERA.- Alcance y sentido de la Resolución del órgano de contratación de 16 de febrero de 2010: la imposición de penalidades al contratista y la consiguiente ampliación del plazo contractual. Procedencia de revocar la imposición de penalidades por no haber cumplido su finalidad, por causa imputable al contratista. Nuevo incumplimiento contractual culpable de éste. Procedencia de resolver el contrato con pérdida de la garantía.

Para dar respuesta a las cuestiones que plantea el procedimiento dictaminado es necesario analizar el origen, la finalidad y el alcance de la Resolución del órgano de contratación de 16 de febrero de 2010. Como se expuso en los Antecedentes, los facultativos responsables del seguimiento de las obras venían poniendo de manifiesto desde varios meses antes de dicha Resolución el incumplimiento de los plazos parciales previstos en el correspondiente planning de ejecución del contrato (Antecedentes Segundo y Tercero). Posteriormente, ya en el último mes del plazo total, consciente el contratista de la imposibilidad de cumplir con su objeto en dicho plazo, solicitó una prórroga por 12 meses, aduciendo dificultades en la ejecución debido a la coyuntura económica y problemas con los subcontratistas. A partir de tal petición, el 14 de enero de 2010, restando ya escasos días para la finalización del plazo contractual, los citados facultativos informaron que sólo se había ejecutado el 37,84% del total del

presupuesto de ejecución material de la obra, y reiteraron lo expresado en informes anteriores en el sentido de que no existía ninguna causa de tipo técnico que hubiera justificado dicho retraso, siendo imputable sólo a problemas internos de la empresa.

A la vista de lo anterior, mediante el dictado de la reseñada Resolución del 16 de febrero siguiente, el órgano de contratación, en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 95.3 TRLCAP y dentro del marco allí establecido, decide no resolver el contrato e imponerle determinadas penalidades para compelerle a su cumplimiento, medida ésta que requería, obviamente y como indica el artículo 98 RLCAP, del otorgamiento de la prórroga del plazo necesaria para la terminación del contrato: *"cuando el órgano de contratación, en el supuesto de incumplimiento de los plazos por causas imputables al contratista y conforme al artículo 95.3 de la Ley, opte por la imposición de penalidades y no por la resolución, concederá la ampliación del plazo que estime resulte necesaria para la terminación del contrato"*. Debe destacarse que dicha Resolución no fue recurrida por la contratista, por lo que le es plenamente oponible. A la vista de su contenido, el citado acto vino a establecer implícitamente que la demora sufrida en la ejecución del contrato, es decir, el incumplimiento contractual del plazo final, era imputable al contratista. Éste, en sus alegaciones, resalta el hecho del otorgamiento de la prórroga, pero oscurece el relativo a la imposición de penalidades, lo que resulta improcedente.

A partir del establecimiento de las referidas penalidades y de la prórroga del contrato subsiguientemente acordada, se plantea la incidencia que, a los efectos ahora pretendidos por la Administración de resolver el contrato, ha de tener lo dispuesto en el artículo 95.4 TRLCAP, en cuanto establece que *"cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades"*. En principio, de tal precepto se deduce la idea de que, cuando la Administración decide inicialmente la prosecución del contrato con imposición de penalidades, y no su resolución, el contratista tiene derecho a que aquélla no proceda a resolverlo hasta que transcurra un determinado lapso de tiempo, que se fija en función de las penalidades devengadas, en concreto, cuando alcancen una determinada cantidad, el 5% del precio contractual. Podría decirse que se trata de un período mínimo de *"garantía"* establecido en beneficio del contratista para que, durante el mismo, éste pueda desarrollar los trabajos necesarios para cumplir adecuadamente el objeto contractual teniendo la seguridad de que, en ese período, la Administración no va a resolver el contrato. (Ahora bien, como se razonará seguidamente, tal derecho del contratista no es absoluto, pues el precepto debe ser objeto de una interpretación finalista y razonable). Y debe advertirse ahora que, en la medida en que, conforme con el artículo 95.3 TRLCAP, el devengo de las penalidades que se impongan es diario, sólo cuando transcurran efectivamente los días necesarios para llegar al indicado porcentaje (aplicando la cuantía de la penalidad diaria a los días transcurridos) podrá afirmarse que las penalidades han alcanzado tal cifra legal. En este punto, el informe jurídico del SMS, después de reconocer que las penalidades devengadas hasta su emisión sólo alcanzan un 2% del precio del contrato aproximadamente, viene a considerar que ello no es óbice para proceder a la resolución contractual, porque el importe total de las penalidades previstas para el caso de que se aplicaran por todo el tiempo de la prórroga concedida (12 meses), supera el indicado porcentaje legal. Sin embargo, el mero hecho de que en la resolución de imposición de penalidades se prevea que las mismas puedan ser impuestas a lo largo de dicho plazo no implica que éstas efectivamente se devenguen, pues esto último sólo se produce cuando transcurren efectivamente los días, y no de una forma anticipada. Esto es, se confunde la mera fijación de penalidades, realizada en la antedicha Resolución, con su efectivo devengo, que se produce una vez transcurran los días, que es a lo que se refiere el comentado artículo 95.4; de otra forma, es decir, si no se tuviera en cuenta el tiempo efectivamente transcurrido, carecería de sentido que aquél indicara que *"cada vez que las penalidades por demora alcancen..."* el referido porcentaje, podrá procederse a resolver el contrato, esto es, deben alcanzarse efectivamente.

Conforme con lo anteriormente expuesto, resultaría que hasta el momento en que el devengo de penalidades diarias no hubiera alcanzado el porcentaje legal previsto en el comentado precepto, la Administración no podría proceder a resolver el contrato. Aplicado al caso que nos ocupa, vista la cuantía de la penalidad diaria acordada (465,64 euros) y la cantidad que resulta de aplicar al contrato el indicado porcentaje legal (el 5% previsto asciende aquí 116.607,08 euros), resulta que se requeriría devengar penalidades durante un periodo de 250,42 días para alcanzar dicho porcentaje, a contar desde el 24 de enero de 2010, fecha de efectividad de la prórroga del plazo contractual; período que se cumpliría el próximo 2 de octubre, tiempo hasta el cual el contratista tendría derecho a que la Administración no procediera a resolver el contrato.

Ahora bien, como se ha apuntado anteriormente, tal derecho no puede ser considerado en términos absolutos y sin consideración alguna respecto de la conducta del contratista durante el referido período de *"garantía"*. Una

interpretación finalista del artículo 95.4 conduce necesariamente a sostener, como ya se apuntó en su momento, que tal período o lapso de tiempo está previsto por la LCAP para que la empresa pueda organizar sus trabajos y pueda continuar efectivamente con la ejecución de las obras, pero no, obviamente, para que persista en el mismo incumplimiento que llevó a la imposición de las penalidades; ello significa que, para no defraudar su finalidad, el precepto lleva implícito que durante tal período de tiempo la contratista despliegue una actividad tal de la que razonablemente pueda inferirse que real y efectivamente está procediendo a ejecutar el contrato, en uso de la prórroga acordada, más allá de las meras intenciones o declaraciones que pueda haber realizado al respecto. En el caso que nos ocupa, los hechos revelan de forma patente y clara que en dicho periodo de tiempo la contratista no está ejecutando real y sustancialmente las obras: según el informe reseñado en el Antecedente Undécimo, de 22 de abril de 2010, las obras se encuentran *"sin modificación alguna respecto a la última certificación emitida y aprobada correspondiente al mes de septiembre de 2009"*, es decir, desde varios meses antes del otorgamiento de la prórroga del plazo; y, según el informe reseñado en el Antecedente Octavo, del 25 de marzo anterior, la obra se encontraba parada.

En tal situación, debe concluirse, en primer lugar, que la solicitud de prórroga presentada en su día por la empresa no obedecía realmente a una intención de disponer de más tiempo para proseguir de forma inmediata con la ejecución del contrato, sino de seguir alargando el plazo contractual hasta que, según puede deducirse, mejorara la actual coyuntura económica y estuviera en condiciones de retomar la ejecución de las obras, de las que resta alrededor del 60%, según los citados informes. De éstos se desprende con claridad que, en la actual situación de paralización de las obras y sin haberse ejecutado sustancialmente obra durante el tiempo ya transcurrido de la prórroga del plazo, el contratista tampoco podrá cumplir con el objeto del contrato en dicho plazo. Y respecto de la causa invocada por la empresa como justificativa de la demora en la ejecución del contrato, más allá de no acreditar extremo alguno al respecto, debe recordarse en todo caso lo expresado en nuestros Dictámenes nº 186/2009, de 26 de octubre, y 45/2010, de 1 de marzo, en el sentido de que *"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"*. En el mismo sentido se pronuncia la Memoria de este Consejo Jurídico correspondiente a 2009.

En definitiva, resultaría contrario a la recta finalidad del precepto comentado, e incluso al mismo sentido común, que la Administración tuviera que esperar hasta la antes indicada fecha del 2 de octubre de 2010 para proceder a resolver el contrato, cuando la conducta de la empresa y la paralización de las obras revelan, visto el tiempo ya transcurrido y el restante para la finalización del plazo contractual vigente, que en tal fecha restará por ejecutar una muy sustancial parte de las obras contratadas.

A la vista de lo anterior, y partiendo de que el indicado incumplimiento contractual es jurídicamente imputable a la empresa, debe concluirse, pues, que el comentado artículo 95.4 TRLCAP no es óbice, en el presente caso, para retrasar el ejercicio de la potestad de la Administración para resolver el contrato de referencia. La finalidad de lo previsto en tal precepto ha quedado desvirtuada, como se dice, por el proceder de la empresa, de forma tal que transcurrida una sustancial parte del referido período de *"garantía"* concedido por el indicado precepto, no continúa de forma sustancial y efectiva con la ejecución del contrato. Ello es así, además, hasta el punto de que la medida acordada por la Administración de imponer penalidades para compeler a la empresa a ejecutar el contrato en el nuevo plazo establecido, no ha cumplido con este objetivo legal, y ello no sólo por la indicada falta de ejecución de las obras, sino porque esta misma circunstancia ha impedido a la Administración siquiera poder hacer efectivas dichas penalidades, ya que la Resolución de 16 de febrero acordó que se hicieran efectivas en las *"siguientes"* certificaciones (presumiendo, con lógica, que éstas iban a reconocer créditos por obra ejecutada en los siguientes meses), lo que no consta que haya sido posible, dada la repetida falta de ejecución de obras.

En consecuencia con lo expuesto, las anteriores circunstancias ponen de manifiesto que el mantenimiento de la imposición de penalidades al contratista realizada por la antedicha Resolución resulta contrario a los principios inspiradores de la legislación de contratos de las Administraciones públicas, en cuanto tal medida punitiva no ha podido cumplir con su finalidad legal de compeler al contratista a continuar con la ejecución del contrato, por lo que es plenamente conforme con el interés público que se proceda a revocar tal determinación, tras lo cual, y conforme con lo razonado sobre la inaplicación en el presente caso de lo establecido en el artículo 95.4 TLCA, no existirá óbice legal para acordar la resolución el contrato de referencia, con incautación y pérdida de la garantía

prestada, fundado en el incumplimiento culpable del contratista de su obligación esencial de cumplir con el objeto del contrato, sin perjuicio de la eventual indemnización de daños y perjuicios, todo ello en aplicación de lo establecido en los artículos 111,g) y 113.4 TRLCAP.

CUARTA.- La liquidación del contrato.

La contratista también alega que el acuerdo de incoación del presente procedimiento resulta contrario a Derecho porque el artículo 172.3 RLCAP exige que con su notificación se acompañe el acuerdo de liquidación del contrato. Del tenor de dicho precepto se extrae sin dificultad que lo allí previsto es que la liquidación se notifique con el acuerdo de resolución del contrato, acto que, obviamente, aún no se ha producido. Pero es que, además, no puede afirmarse que la simultaneidad en las notificaciones de ambos actos sea un requisito de validez del acuerdo de resolución contractual, de forma que el procedimiento liquidatorio no pueda resolverse con posterioridad al de resolución del contrato, pues se trata de procedimientos con objetos distintos: en el primero se decide el incumplimiento del contrato, y en el segundo se determinan las prestaciones realizadas que son de recibo y se compensan, en su caso, los créditos entre las partes (indemnización de daños y perjuicios incluida).

La misma sentencia aportada por la empresa para defender su alegación permite deducir que lo esencial en este punto es que no se produzca indefensión al contratista. En efecto, en primer lugar, la alegada sentencia de 16-6-96, de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, se refiere a la invalidez del acto de liquidación del contrato, no del acuerdo de resolución contractual; y, además, tal invalidez se aprecia no por el hecho de que con la notificación del segundo no se acompañara el primero, sino porque la liquidación notificada al contratista no comprendía lo relativo a la constatación y medición de las obras ejecutadas especificando las que fueran de recibo, con los saldos pertinentes, proceder que la Sala considera generador de indefensión al contratista, vicio éste que en modo alguno se produce si, con posterioridad al acuerdo de resolución contractual, la Administración tramita el procedimiento liquidatorio con todas las garantías y contenidos legales, como en nuestro caso deberá hacer el SMS si estima que, dentro del plazo de caducidad del presente procedimiento, no da tiempo a tramitar y resolver lo relativo a la liquidación de las obras.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

UNICA.- Previa revocación de la imposición de penalidades acordada en la Resolución del órgano de contratación de 16 de febrero de 2010, procede resolver el contrato de referencia, por incumplimiento culpable del contratista de su obligación esencial de ejecutar las obras, con incautación y pérdida de la garantía prestada, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen, lo que deberá ser incorporado a la propuesta de resolución objeto del mismo.

No obstante, V.E. resolverá.