



## ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Según expresa la Memoria justificativa de la modificación del proyecto de las obras objeto del contrato de referencia, elaborada el 20 de noviembre de 1996 por el Director Técnico o facultativo (DT) de las obras (doc. nº 18 de los remitidos a este Consejo a virtud de su Acuerdo 6/10, de 27 de julio, de posterior cita), en desarrollo del Plan de Promoción Pública de Viviendas del Ayuntamiento de Murcia, en fecha sin determinar dicha Corporación suscribió un convenio con la Administración regional para colaborar en la promoción y ejecución de 26 viviendas y garajes de promoción pública en Torreagüera. Aunque en el expediente remitido no obra dicho convenio, de los antecedentes se deduce que la Administración regional habría de ser el órgano de contratación de tales obras, previa cesión de los terrenos por el Ayuntamiento, designándose como director de aquéllas a un técnico municipal. Sin perjuicio de las competencias del órgano de contratación, de los antecedentes remitidos se deduce que el Ayuntamiento, por medio de dicho DT, colaboraría también en los eventuales proyectos modificados que fuese necesario aprobar sobre esas obras (así, el inicialmente aludido, de posterior comentario).

**SEGUNDO.-** Previa la tramitación del correspondiente procedimiento, el 18 de julio de 1995 se formaliza contrato administrativo de ejecución de las referidas obras entre la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas y la empresa "S.L.", con arreglo al proyecto aprobado por ésta, por un importe de 110.500.000 pesetas y un plazo de ejecución de 18 meses a contar desde la firma del acta (favorable) de comprobación del replanteo.

**TERCERO.-** El 31 de julio de 1995 se firma acta de comprobación del replanteo, desfavorable, entre otras razones, por existir en la parcela de las obras *"una línea eléctrica que había que retirar"*. El 7 de noviembre de 1995 se firma acta favorable de comprobación del replanteo, suscrita por las partes y el DT de las obras.

**CUARTO.-** Mediante escrito de 22 de febrero de 1996, la empresa comunica al DT y al órgano de contratación que, según informe técnico que aporta, se han detectado errores en el proyecto relativos al cálculo de las estructuras, procediendo a recalcular las mismas, advirtiendo de la necesidad de modificar por ello el proyecto, y paralizando las obras. En otros escritos comunica también que siguen existiendo en la parcela líneas eléctricas que hay que retirar.

**QUINTO.-** Mediante escrito de 29 de marzo de 1996, los servicios técnicos del órgano de contratación comunican a la empresa que, según informe del DT del 25 anterior, éste ratifica la estructura tal y como se recoge en el proyecto aprobado, pero que, de admitirse el recálculo efectuado por la empresa, ello no requeriría la modificación de aquél, dado que el eventual incremento del precio (322.440 pts.) podría recogerse en la liquidación de la obra, debiendo atenerse a las instrucciones de dicho DT en lo relativo a la ejecución de la estructura. El aludido informe del DT no se ha remitido a este Consejo, pero la empresa señala en sus escritos, sin contradicción por el órgano de contratación, que, en el mismo, el referido facultativo se contradecía, por cuanto aludía a una concreta forma de proceder en las obras, expresando en otro lugar del escrito lo siguiente: *"en tanto se decidía qué estructura poner en la obra"*.

**SEXTO.-** El 3 de abril de 1996 la empresa presenta al órgano de contratación un escrito de alegaciones expresando que el 31 de marzo anterior el DT le había entregado 25 planos, fechados en enero de 1996,

comprendidos de unas modificaciones en la estructura que, a su juicio, requerían de la tramitación de un formal procedimiento de modificación del proyecto, proponiendo unos precios contradictorios sobre unidades de obra correspondientes a dicha modificación, aceptando someterse a un arbitraje al respecto. Parte de dichos planos obran en el expediente como doc. nº 19, remitidos a este Consejo a virtud de su Acuerdo antes citado.

**SÉPTIMO.-** Consta en el expediente un informe de 13 de mayo de 1996, del DT, en el que se hace referencia a una reunión celebrada en la Consejería el 11 de abril anterior entre las partes, él mismo y otros asistentes para intentar resolver las discrepancias surgidas, indicando que se llegaron a diversos acuerdos al respecto:

-Retirada por parte de electricistas de la empresa, con cargo al Ayuntamiento, de las líneas eléctricas que atraviesan los solares.

-Comprobación definitiva de la estructura por parte del DT, con valoración y establecimiento, en su caso, de las posibles diferencias existentes y precios contradictorios.

- Concreción y determinación de cuatro precios contradictorios por nuevas unidades de obra surgidas en la cimentación.

Por lo que se refiere al segundo de los puntos, el DT expresa en este informe que se ha procedido a *"un definitivo reajuste de la estructura"*, fijando nuevos precios descompuestos para las unidades de obra previstas en el proyecto y para una unidad de obra distinta (forjado sanitario). El informe concluye estimando conveniente la redacción y aprobación de un proyecto modificado, con el fin de incluir el incremento de precio del contrato resultante de los indicados acuerdos (8.582.686 pts.).

**OCTAVO.-** El 5 de junio de 1996, los servicios técnicos del órgano de contratación, con el visto bueno del DT, emiten un informe que finaliza así:

### **"3. CONCLUSIONES Y ACUERDOS.**

*1) Comunicar a la empresa --, S.L., adjudicataria de las obras de referencia, que se está procediendo a la retirada de las líneas que impiden la continuación de las obras. Una vez finalizados los trabajos de retirada se les comunicará oportunamente al efecto de que puedan continuar con la ejecución de las obras.*

*2) En consonancia con lo manifestado en este escrito, no consideramos necesaria la contratación de un proyecto reformado, pudiendo ser continuadas las obras con los planos que aportará la Dirección Técnica. Los precios que regirán serán los establecidos en el proyecto, aplicándoseles la medición real con los criterios de la Dirección de Obra.*

*3) El importe del contrato menor correspondiente a la ejecución del forjado sanitario puede ya ser negociado entre la Dirección Técnica y la Empresa, con objeto de proceder a su contratación, si hubiera acuerdo. En igual medida se podrá actuar más adelante cuando sea necesaria la terminación del trasdós del muro de la calle.*

*4) Una vez reiniciadas las obras, conocido el tiempo perdido por la retirada de las líneas eléctricas, así como por la reconsideración de la estructura inicial por parte del Director de Obra, la empresa constructora podrá solicitar una prórroga en el plazo de ejecución equivalente al tiempo realmente perdido. Esta solicitud deberá acompañarse de una propuesta de nuevo programa de trabajo".*

Dicho escrito fue notificado a la contratista, otorgándosele un plazo de 15 días para la formulación de alegaciones.

**NOVENO.-** Mediante informe de 17 de junio de 1996, el DT comunica al órgano de contratación que ya se han

retirado las líneas eléctricas en cuestión, por lo que no son impedimento para la continuación de las obras. Ello es ratificado por informe del 21 siguiente de un técnico de la Consejería.

**DÉCIMO.-** El 27 de junio de 1996 la contratista presenta escrito en el que se muestra de acuerdo en reanudar las obras en cuanto se retiren las líneas eléctricas, ejecutándolas conforme al proyecto adjudicado, salvo en lo relativo a la estructura, que se hará conforme a los planos que vaya entregando el DT; además, solicita la ampliación del plazo contractual y una indemnización por los daños y perjuicios sufridos durante la paralización de las obras. En escrito del 29 de julio de ese año comunica que el anterior 22 se reanudaron las obras.

**UNDÉCIMO.-** Mediante escrito de 6 de septiembre de 1996, la empresa solicita una prórroga de cuatro meses debido a las incidencias surgidas. En escrito del 9 siguiente, el DT aprueba el nuevo plan de trabajo presentado por aquella, e informa favorablemente la referida prórroga, indicando que, conforme a la misma, la nueva fecha final será el 7 de septiembre de 1997.

**DUODÉCIMO.-** El 23 de septiembre de 1996 la empresa presenta reclamación de daños y perjuicios debidos a la suspensión temporal de las obras, motivada por las incidencias antes reseñadas, por un importe de 3.365.531 pts.

**DECIMOTERCERO.-** El 1 de octubre de 1996 los servicios técnicos del órgano de contratación informan favorablemente la prórroga solicitada, indicando que el retraso padecido no es imputable al contratista, y proponen el reajuste de las anualidades presupuestarias del contrato.

**DECIMOCUARTO.-** Mediante escrito presentado el 17 de octubre de 1996, la empresa comunica al órgano de contratación que el 1 anterior el DT le ordenó la paralización hasta nueva orden de las obras en el forjado de la zona A-1, porque éste tenía que ser recalculado, cuando el forjado ya estaba comprado y listo para su instalación a pie de obra. Indica que no tiene nuevas noticias al respecto y que dicha paralización está alterando el ritmo de las obras y obstaculizando el cumplimiento de los nuevos plazos según el nuevo plan de trabajo aprobado en su día. El 30 siguiente reitera dicho escrito, y añade que no se ha desviado el tendido eléctrico que cruza el solar de 7 de las viviendas proyectadas, impidiendo las obras en esta zona (parece que se refiere a la zona B).

**DECIMOQUINTO.-** Obra en el expediente (doc. nº 18, remitido a este Consejo a virtud de su Acuerdo ya citado), una "Memoria justificativa" de la modificación del proyecto de obras de referencia, fechada el 20 de noviembre de 1996, que expresa, entre otros extremos, que, de las dos zonas o bloques de viviendas (la A, para 19 de ellas, y la B, para 7), en la A existe un gran desnivel en el terreno y una reciente construcción colindante, lo que da lugar, en la medianería de dicho bloque, a un muro ciego de 17 metros que produce un efecto de "choque" con el entorno, no deseado. Además, añade lo siguiente:

*"4. Descripción de la modificación planteada.*

*Para paliar este efecto se ha estudiado una solución de escalonamiento en la construcción que disminuya el muro ciego que se nos produciría en la medianera. En este sentido, tal y como se refleja en los planos que se adjuntan, la configuración de la primera escalera del bloque A en las viviendas tipo A (planta baja) y F (plantas 1ª y 2ª) variaría, de modo que la vivienda de planta baja no sufre modificación alguna, la vivienda de planta primera pasa de tener cuatro dormitorios a tener dos y la de planta 3ª desaparecería. Las cubiertas a distintas alturas que se nos producen, con el fin de no tener que recurrir a la aprobación de precios contradictorios, se ejecutaría con tipología plana igual que las previstas inicialmente en proyecto.*

*Junto con esta medida se ha estudiado una composición de las mismas que integren el conjunto, valorando las fachadas que mayor visión tengan desde el resto de la población, sin considerar su misión o situación respecto al edificio".*

**DECIMOSEXTO.-** El 27 de noviembre de 1996 la contratista presenta nuevo escrito en el que comunica al órgano

de contratación que el DT les indica que los forjados de la zona A-1 han sido modificados, mediante la elaboración de un proyecto al efecto. Señala la empresa que tal modificación debe formalizarse, con su intervención previa a la debida aprobación. Reitera la existencia del tendido eléctrico que, a su juicio, impide las obras en la zona A. Tales alegaciones son reiteradas en un nuevo escrito presentado el 4 de diciembre de ese año.

Por otra parte, en escritos que posteriormente se reseñarán, la contratista alega que el Pleno del Ayuntamiento de Murcia aprobó el 2 de diciembre de ese año el proyecto modificado referido en el Antecedente Decimoquinto.

**DECIMOSÉPTIMO.-** El 5 de diciembre de 1996 el órgano de contratación dicta Orden aprobando el programa de trabajo aprobado por el DT el 9 de septiembre anterior (vid. Antecedente Undécimo), previo reajuste de las anualidades presupuestarias, en correspondencia con dicho plan.

**DECIMOCTAVO.-** El 12 de diciembre de 1996 el Arquitecto Técnico Municipal informa que el ritmo de ejecución de obra es muy inferior al establecido en el plan de trabajo, estando paradas las obras de la zona o bloque A, a pesar de haber comunicado a la empresa la orden de continuarlas; indica que la finalización de la fase de estructura de toda la obra estaba prevista para el pasado 30 de noviembre, no siendo achacable el desfase a la paralización temporal de la zona A-1, puesto que no se ha concluido tampoco la zona A-2 ni la zona B, ni, en consecuencia, las posteriores fases de fachadas, cubiertas e instalaciones, estimando que se producirá un incumplimiento de los plazos parciales y, probablemente, del plazo final.

**DECIMONOVENO.-** El 13 de enero de 1997 la empresa presenta escrito en el que alega que no se le ha dado respuesta a los escritos previamente presentados, continuando por ello paralizadas las obras en la zona A.

**VIGÉSIMO.-** El 14 de abril de 1997, el DT emite informe en el que, en primer lugar, hace un resumen de los antecedentes, destacando que, tras el otorgamiento de la prórroga de cuatro meses del plazo contractual y aprobación de un nuevo plan de trabajos, *"se inicia la ejecución de la estructura en ambos bloques, produciéndose algunas incidencias respecto a la ejecución ante las que se toman las medidas oportunas"* (entre las que debe estar, aunque no lo diga, la redacción, por su parte, del proyecto modificado reseñado en el Antecedente Decimoquinto, y, en su caso, su aprobación municipal, según alega la empresa); añade el informe que, no obstante dichas medidas, se producen paralizaciones en las obras *"sin motivo aparente"*, paralizaciones *"que se reflejan en sucesivos informes de la Dirección Facultativa al Servicio de Promoción Pública de esa Consejería"*. (Estos informes, que deben ser los cuatro del Arquitecto Técnico Municipal reseñados en el informe del Instituto de la Vivienda y Suelo regional -IVI- que después se indicará, aparte del recogido en el Antecedente Decimoctavo, no constan en el expediente remitido a este Consejo Jurídico).

Continúa el informe señalando que desde finales de 1996 se produce la paralización completa de las obras *"sin que, hasta el momento, hayamos obtenido justificación de la misma"*, por lo que se ha incumplido el plazo parcial relativo a la estructura, que finalizó el 30 de noviembre anterior, estando ejecutado el 50% de dicha partida, existiendo un retraso acumulado de unos siete meses, habiéndose ejecutado un total del 28,28% de obra respecto de lo previsto. En el informe de 6 de agosto de 2010, se indica que en esas fechas de abril de 1997 la obra se encontraba en fase de ejecución de la estructura, habiendo terminado *"los capítulos de movimientos de tierras y cimentación, parcialmente el de saneamiento y algo de albañilería, electricidad y control de calidad"*.

**VIGESIMOPRIMERO.-** El 16 de abril de 1997, a la vista de lo anterior, los servicios técnicos del órgano de contratación informan que, dado que restan menos de 5 meses para el cumplimiento del plazo final, es materialmente imposible que la obra esté terminada en tal fecha, por lo que, en aplicación del artículo 45 de la Ley de Contratos del Estado y 137 de su Reglamento General, debe presumirse racionalmente el incumplimiento del plazo contractual final, debido al acreditado incumplimiento de los plazos parciales, a los efectos de declarar la eventual resolución del contrato por causa imputable al contratista.

**VIGESIMOSEGUNDO.-** El 21 de abril de 1997 el órgano de contratación inició un procedimiento para resolver el contrato por causa imputable al contratista, fundado en los anteriores informes, procedimiento en el que éste presentó alegaciones en oposición a dicha resolución. El 9 de marzo de 1999 el contratista instó, a su vez, la resolución del contrato por causa imputable a la Administración, fundado en la suspensión real del contrato, debido a lo que aquél considera como diversos incumplimientos de la Administración de su obligación de aprobar determinadas modificaciones del proyecto de obras y de retirar las líneas eléctricas existentes sobre las parcelas afectadas, solicitando además la liquidación de la obra y una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por las paralizaciones de obras y por la pretendida resolución del contrato.

**VIGESIMOTERCERO.-** Remitidas las actuaciones a este Consejo Jurídico, en el Dictamen nº 69/1999 concluyó, entre otros aspectos, lo siguiente:

*"SEGUNDA.- Que el procedimiento iniciado de oficio por la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas ha de declararse caducado, sin perjuicio de que la Consejería pueda acordar de oficio la incoación de un nuevo procedimiento para declarar la resolución del contrato por culpa imputable al contratista, incorporando las actuaciones ya realizadas.*

*TERCERA.- Que procede continuar la tramitación de la solicitud del contratista para la declaración de la resolución del contrato por culpa imputable a la Administración, liquidación de las obras e indemnización de daños y perjuicios, formulada en su escrito de 9 de marzo de 1999.*

*CUARTA.- Que en el caso de que la Consejería estime procedente incoar un nuevo procedimiento para declarar resuelto el contrato por culpa del contratista, sería aconsejable acordar su acumulación al procedimiento indicado en la anterior Conclusión."*

**VIGESIMOCUARTO.-** Mediante Orden de 21 de enero de 2000, el órgano de contratación acordó desestimar la referida solicitud del contratista y declarar resuelto el contrato por incumplimiento imputable a éste, con incautación de la fianza prestada e indemnización de daños y perjuicios a la Administración (a realizar esto último en posterior resolución motivada, previa audiencia del interesado).

**VIGESIMOQUINTO.-** Impugnada dicha Orden ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de marzo de 2004, la anuló en lo atinente a la resolución del contrato por causa imputable al contratista y demás pronunciamientos anejos, debido a la apreciada caducidad del procedimiento incoado por la Administración a tales efectos. Además, la sentencia confirma la desestimación realizada en vía administrativa de la solicitud del contratista de resolver el contrato por causa imputable a la Administración, desestimando también el resto de sus pretensiones, por considerar dicha sentencia que la Administración había cumplido con sus obligaciones contractuales, no así aquél, por las razones que más adelante se comentarán. La sentencia debe considerarse firme tras el desistimiento de la empresa del recurso de casación que interpuso, según indica el informe del IVI que más adelante se reseñará.

(Previamente, el 14 de julio de 2000, según expresa el citado informe del IVI, el TSJ había comunicado a la Administración la suspensión de la ejecutividad de la Orden impugnada).

**VIGESIMOSEXTO.-** El 24 de mayo de 2010, el órgano de contratación acuerda iniciar un nuevo procedimiento para declarar resuelto el contrato por incumplimiento del contratista de los plazos parciales del contrato, otorgando trámite de audiencia a los interesados.

**VIGESIMOSÉPTIMO.-** Mediante escrito presentado el 16 de junio de 2010, la contratista formula alegaciones en oposición a dicha resolución, y, en concreto, al informe de 14 de abril de 1997 del DT (reseñado en el Antecedente Vigésimo), por ser el fundamento de la pretensión resolutoria de la Administración.

A tal efecto, alega, en síntesis, que el incumplimiento de los plazos parciales indicado en dicho informe no le era imputable, pues éste omite la orden del DT de paralizar los trabajos en la zona A-1 debido a la necesidad de tramitar una modificación del proyecto, que fue aprobada por el Ayuntamiento el 2 de diciembre de dicho año 1997 y que implicaba variaciones sustanciales en la estructura y la arquitectura de los edificios; indica, además, que, una vez remitido a la Consejería (por el Ayuntamiento, se entiende) el acuerdo municipal aprobatorio de dicha modificación el 16 de diciembre de 1997, no consta que tal modificación fuera luego aprobada por el órgano de contratación, lo que era preceptivo. Considera que la aprobación por éste de tal modificación hubiera conllevado un reajuste de los plazos del contrato, como ya había acordado en un momento anterior con ocasión de previas vicisitudes de las obras, relativas a la misma existencia de líneas eléctricas en la parcela y a la necesidad de un recálculo de la estructura, lo que en su día dio lugar al otorgamiento de una prórroga del plazo final, reconociendo

entonces el órgano de contratación que el retraso motivado por tales vicisitudes no era imputable al contratista.

Además, insiste en la segunda de las causas de las paralizaciones de las obras alegada en escritos anteriores, relativa a la necesidad de proceder a la total retirada de líneas eléctricas, lo que era una obligación de la Administración (y ello, según dice, a pesar de que en su día se firmara el acta favorable de comprobación del replanteo, lo que se hizo para posibilitar el comienzo de las obras porque los trabajos de cimentación no se veían afectados por dichas líneas, pero sí los posteriores de estructura), reiterando lo manifestado en sus últimos escritos dirigidos al órgano de contratación en el sentido de que la Administración no retiró la totalidad de dichas líneas, continuando así los obstáculos para la adecuada ejecución de los trabajos, según informe pericial que aportó en su día al expediente.

Añade que los escritos que presentó al órgano de contratación relativos a todas estas incidencias sobre la modificación del proyecto y la retirada de las líneas eléctricas no fueron contestados por aquél, lo que demuestra su voluntad de suspender definitivamente las obras por la vía de hecho, con desviación de poder, por lo que, en definitiva, considera a la Administración la responsable de las paralizaciones de las obras y del subsiguiente incumplimiento del plazo contractual. Finalmente, además de oponerse a la resolución contractual por causa imputable al contratista, éste reitera en su escrito de alegaciones las mismas pretensiones que en su día dedujo y fueron desestimadas por la sentencia antes reseñada, en el sentido de que se acuerde la resolución del contrato por causa imputable a la Administración, con liquidación del mismo e indemnización a la empresa de los daños y perjuicios derivados de las suspensiones de las obras y la resolución contractual que se acuerde.

**VIGESIMOCTAVO.-** El 30 de junio de 2010, el IVI (que parece asumir tácitamente la instrucción del procedimiento por razón de sus competencias en materia de promoción pública de viviendas) emite informe jurídico en el que, en síntesis, tras exponer determinados antecedentes del caso, considera que las alegaciones de la contratista no pueden estimarse, porque la sentencia del TSJ de 8 de marzo de 2004 ya se pronunció sobre el fondo del asunto, que resulta cosa juzgada. Señala que la sentencia considera que la paralización total de la obra sólo era imputable a la contratista, y no a la Administración, que cumplió con sus obligaciones contractuales. Por tanto, entiende el informe que, conforme con lo establecido en el artículo 160 del Reglamento General de Contratación, en desarrollo de la Ley de Contratos del Estado, de aplicación al contrato de referencia, procede resolver éste por culpa del contratista, con pérdida de la fianza, así como la determinación, en resolución motivada posterior y previa audiencia de la empresa, de los daños y perjuicios causados.

**VIGESIMONOVENO.-** El 9 de julio de 2010 tiene salida un escrito del Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio solicitando la emisión del preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico. Por tal causa, el instructor del expediente acuerda la suspensión desde tal fecha del plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento.

**TRIGÉSIMO.-** Mediante Acuerdo nº 6/2010, de 27 de julio, este Consejo Jurídico requirió al órgano consultante que completase el expediente mediante la remisión de determinadas actuaciones relativas a la ejecución del contrato y la formulación de la preceptiva y formal propuesta de resolución del procedimiento. Dicho Acuerdo fue cumplimentado parcialmente mediante escrito registrado en este Consejo Jurídico el 21 de septiembre de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## CONSIDERACIONES

### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta para resolver un contrato administrativo, con oposición del contratista, conforme con lo establecido en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

### **SEGUNDA.-** Cuestiones formales y de procedimiento.

I. Por lo que se refiere a los requisitos formales de la consulta, debe decirse que, aun habiendo sido requerida del

órgano consultante la elaboración y remisión de la final propuesta de resolución del procedimiento, acto con el que culminan las actuaciones instructoras y que contiene formalmente la pretensión sobre la que ha de versar el Dictamen interesado, tal requerimiento no ha sido cumplimentado. No obstante, y por las razones de celeridad en la resolución del procedimiento que se indicarán en el epígrafe III, a los efectos de la emisión del presente Dictamen puede considerarse suficiente el informe del IVI reseñado en el Antecedente Vigésimooctavo, en cuanto describe y delimita las pretensiones administrativas objeto de análisis, sin perjuicio de advertir la necesidad de proceder a la elaboración de una formal propuesta de resolución, con la debida separación de antecedentes fácticos y consideraciones jurídicas, para su posterior elevación al órgano de contratación.

II. Por lo que se refiere al procedimiento tramitado, no cabe oponer objeciones al respecto, constando la preceptiva audiencia de los interesados. Merece destacarse que, aunque la celebración del contrato fue autorizada en su día por el Consejo de Gobierno por razones competenciales de autorización del gasto, hoy no resulta preceptiva su autorización para acordar la resolución, pues el artículo 22.29 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia exige tal autorización cuando el contrato supere la cuantía establecida en la vigente Ley regional de Presupuestos como atribución de los Consejeros (o la cuantía sea indeterminada), resultando que tal cuantía está fijada hoy en 1.200.000 euros, según el artículo 37 de la Ley 14/2009, de 23 de diciembre, siendo el precio del contrato que nos ocupa de un importe inferior al indicado.

III. En lo atinente al plazo de tres meses de caducidad del procedimiento, debe decirse, a la vista de lo establecido en el artículo 42.3 y 5, c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), que, iniciado aquél el 24 de mayo de 2010, quedó suspendido el 9 de julio de ese año (Antecedente Vigésimonoveno), suspensión que, al no poder exceder de tres meses según el indicado artículo LPAC, cesó el 9 de octubre siguiente, reanudándose entonces el citado plazo de caducidad. Dado que en el momento de la suspensión restaban 46 días para la finalización del plazo máximo para la resolución y notificación del procedimiento, esos mismos días son los que dispone el órgano de contratación para proceder a esto último, a contar desde el citado 9 de octubre, finalizando, por tanto, dicho plazo máximo el 23 de noviembre de 2010, lo que deberá ser tenido en cuenta por la Consejería consultante.

**TERCERA.- La sentencia del TSJ de 8 de marzo de 2004. Delimitación del alcance de la cosa juzgada. Procedencia de la resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista. Circunstancias concurrentes que determinan la improcedencia de la pérdida de la fianza prestada por aquél.**

I. En primer lugar, debe recordarse que el hecho de que la reseñada sentencia del TSJ anulase la decisión administrativa, acordada por Orden de 21 de enero de 2000, de resolver el contrato por causa imputable al contratista, (anulación fundada en la caducidad del procedimiento resolutorio), no impide a la Administración iniciar un nuevo procedimiento al efecto, pues tal potestad resolutoria, dimanante, como bien es sabido, de la legislación de contratos administrativos, se mantiene en tanto no prescriba la acción para extinguir el contrato, cuyo plazo, ante la falta de norma administrativa especial al efecto, es el general de 15 años previsto para el ejercicio de las acciones personales en el artículo 1964 del Código Civil.

El informe del IVI reseñado en el Antecedente Vigésimooctavo, que funda la actual pretensión administrativa de declarar la resolución del contrato por culpa del contratista, con el efecto añadido de la pérdida de la fianza prestada y la indemnización de daños y perjuicios a la Administración (esto último a determinar en un procedimiento posterior, previa audiencia de la empresa), viene a indicar que el incumplimiento culpable del contratista de los plazos parciales del contrato que justifica dichas pretensiones es reconocido en la sentencia del TSJ de 8 de marzo de 2004 reseñada en el Antecedente Vigésimoquinto. Ello impone su análisis, especialmente sobre los efectos de cosa juzgada que pueda desplegar, para así delimitar el margen de operatividad de que dispone la Administración con ocasión de este nuevo ejercicio de su potestad resolutoria. En concreto, interesa abordar los efectos de la sentencia sobre la cosa juzgada material en su vertiente positiva o prejudicial, en el sentido de que un eventual segundo proceso (o bien, como en el caso, un procedimiento administrativo) *"no podrá contradecir lo definitivamente resuelto"* en el proceso en el que recayó la sentencia de que se trate, si la misma versó sobre un caso idéntico (aun parcialmente, y, en tal caso, en lo que se refiere a esa parcial identidad), como expresa la STS, Sala 3ª, de 18 de marzo de 2010.

A tal efecto, debe señalarse que no existe una opinión unánime sobre si el efecto de cosa juzgada material en su

vertiente positiva sólo se proyecta sobre las pretensiones jurídicas, entendidas en sentido estricto, deducidas en el proceso en el que recayó la sentencia de que se trate, o si el efecto de vinculación a un proceso o procedimiento administrativo posterior alcanza también a las declaraciones fácticas y a las consideraciones jurídicas empleadas por dicha sentencia para estimar o desestimar las pretensiones entonces enjuiciadas. En una concepción estricta de la institución de la cosa juzgada material positiva, lo único vedado a un segundo proceso o procedimiento administrativo sería que en su resolución se contradijera la respuesta dada por la sentencia a las pretensiones enjuiciadas por ésta. Aplicado al caso que nos ocupa, deben éstas diferenciarse en la sentencia de que se trata: a) la sentencia no tiene efecto de cosa juzgada material respecto de la pretensión de la Administración de resolver el contrato por causa imputable al contratista, con pérdida de la fianza, pues se limitó a anular dichos pronunciamientos administrativos por razones formales (por la perención o caducidad del procedimiento tramitado al efecto), lo que significa que la Administración no tiene obstáculo procesal alguno para realizar nuevamente tal pronunciamiento, si concurren los requisitos legales al efecto, lo que se abordará más adelante; b) en cuanto a la pretensión del contratista de que se resuelva el contrato por causa imputable a la Administración, la sentencia sí despliega efectos de cosa juzgada material, porque resolvió el fondo de dicha pretensión, desestimándola. Ello implica que ya no sea jurídicamente posible resolver el contrato por causa imputable a la Administración; ello constituiría el núcleo indiscutible de la cosa juzgada material, a respetar por razones de la intangibilidad de las sentencias judiciales firmes y, en última instancia, de la seguridad jurídica.

Ahora bien, considerando que las razones que aduce la sentencia para fundar la desestimación de la segunda de las citadas pretensiones se basan en el hecho de no apreciar un incumplimiento por la Administración de sus obligaciones contractuales y, además, en un incumplimiento del contratista de alguna de las suyas (en concreto, la de cumplir con los plazos parciales establecidos, con paralización total de la obra, sin justificación para ello), la cuestión que se plantea es si tales consideraciones de la sentencia sobre el incumplimiento del contratista son suficientes para fundar la actual pretensión administrativa de resolver el contrato por culpa del contratista y la pérdida de la fianza prestada, como sostiene el reseñado informe del IVI. A nuestro juicio, no puede decirse que tales consideraciones jurídicas desplieguen un efecto de cosa juzgada material que determine necesariamente y en todo caso adoptar los pronunciamientos administrativos que ahora se pretenden, pues, incluso aceptando la validez jurídica de tales consideraciones, en la nueva vía administrativa puede realizarse una valoración propia de tales incumplimientos, así como se puede considerar la existencia de otras circunstancias adicionales concurrentes en el caso que impidan el dictado de alguno de los pronunciamientos pretendidos (singularmente, y como se verá a continuación, el de la pérdida de la fianza), es decir, pueden apreciarse circunstancias que determinen, desde el plano de la justicia material o la equidad, una solución distinta a la pretendida por la Administración. Y ello no sólo porque sea discutible la extensión de la cosa juzgada material a los razonamientos (no sólo al fallo) de una sentencia, sino porque la sentencia en cuestión no establece, ni siquiera a nivel de consideración "*obiter dicta*", que en un nuevo procedimiento administrativo deba resolverse el contrato por culpa del contratista y la pérdida de la fianza, sino sólo que este último incurrió en incumplimientos que le son imputables, al efecto de abundar en la desestimación de su pretensión de resolver el contrato por culpa de la Administración.

II. Delimitado así el margen de actuación administrativa en el presente procedimiento, debe indicarse, en primer lugar, que tanto los antecedentes obrantes en el expediente como las mismas consideraciones de la sentencia avalan que exista una causa de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista, lo que justifica que el contrato se resuelva por tal motivo, si bien en la calificación de tal incumplimiento como "*culpable*" del contratista (que es lo que determina la pérdida de la fianza y la indemnización de daños y perjuicios, ex art. 53 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 aplicable al caso) debe tenerse en cuenta que la culpa del contratista debe quedar importantemente moderada, vistas las circunstancias concurrentes en el obrar de la Administración, lo que determinará, como veremos, según jurisprudencia y doctrina, que en el presente caso no sea procedente la pérdida de la fianza prestada ni la indemnización de daños y perjuicios.

La extensa exposición de los Antecedentes permite dividir las vicisitudes del contrato en dos grandes fases:

A) La primera discurre entre la iniciación de la ejecución y la aceptación por el contratista, mediante escrito presentado el 27 de junio de 1996 (Antecedente Décimo) del criterio y las instrucciones dadas por los servicios técnicos del órgano de contratación y el DT sobre el modo de proceder para dar respuesta a determinadas incidencias en la ejecución del contrato, instrucciones contenidas en el previo informe de 5 de junio de 1996 (Antecedente Octavo) y que se refieren a dos cuestiones: a) respecto de las líneas eléctricas que discurren por las parcelas de las obras, se reconoce la necesidad de su retirada, con cargo a la Administración, tras lo cual deberán continuarse las obras; b) respecto de los problemas con la estructura de las edificaciones, admiten la necesidad de

realizar variaciones en el proyecto, pero sin que tengan la naturaleza suficiente como para requerir una formal tramitación de una modificación de aquél, por lo que aquéllas deben introducirse conforme con los planos que vaya entregando el DT, asumiéndose en las correspondientes certificaciones el incremento del precio por el mayor número de unidades de obra que se ejecuten sobre las previstas en el proyecto, hasta un 10% del precio del contrato, y c) que las necesarias nuevas unidades de obra no previstas en el proyecto (forjado sanitario y adecuación de una calle colindante) se ejecutarán acudiendo a los correspondientes contratos menores, a adjudicar preferentemente a la contratista. Termina el informe diciendo que, una vez se retiren las líneas y se reconsidere la estructura por el DT, conforme con lo antes expresado, la contratista deberá pedir una prórroga del plazo por el tiempo realmente perdido en la resolución de las antedichas incidencias. Y el 6 de septiembre siguiente, una vez reiniciadas las obras, la empresa solicita una prórroga de cuatro meses, que fue informada favorablemente por el DT, que aprueba el nuevo plan de trabajo ajustado a tal prórroga (y que luego ratificaría el órgano de contratación).

Esta primera fase acaba, pues, con un replanteamiento del modo y el plazo de ejecución del contrato, con conformidad del contratista, lo que hace inviable que, a partir de entonces, ninguna de las dos partes pueda invocar incumplimientos de la otra derivados de las vicisitudes ya resueltas a fin de pretender la resolución contractual, pues con tal acordado replanteamiento se renunciaba implícitamente a esa posibilidad, optando las partes por la prosecución del contrato en los términos acordados, y ello al margen de la regularidad o no de los mecanismos utilizados para afrontar las apuntadas variaciones del proyecto, cuestión que ahora no es relevante abordar por cuanto el criterio de los referidos servicios técnicos se plasmó en instrucciones que no sólo no fueron recurridas por el contratista, sino aceptadas por el mismo.

Interesa destacar de modo muy especial, por lo que se razonará más adelante, que la resolución de las referidas incidencias dada por la Administración se ajustó, al menos en lo sustancial, a lo previsto en la legislación de contratos aplicable: a partir de los sucesivos escritos del contratista poniendo de manifiesto las incidencias, los servicios técnicos del órgano de contratación junto con la DT plantearon el modo de resolverlas, otorgando un trámite de audiencia al contratista para que se pronunciara al respecto, dando éste, como se ha dicho, su conformidad, posibilitando con ello la normal prosecución del contrato.

De este modo, y como se deduce de las consideraciones de la sentencia en cuestión, desde la aprobación del nuevo programa de trabajo, ajustado a la aceptada prórroga de cuatro meses del plazo final del contrato, la contratista había de tener por resueltas las incidencias hasta ese momento surgidas, y le era exigible cumplir con los plazos, incluso parciales, del contrato, ajustándose a los criterios expresados por la Administración.

B) Después de dicha prórroga, sin embargo, se abre una segunda fase en la ejecución del contrato, pues la empresa plantea nuevas incidencias que, a su juicio, impiden la correcta ejecución de las obras, hasta el punto de que llega a la paralización total de las mismas. Esas nuevas incidencias son muy parecidas a las resueltas en la primera fase de la ejecución, pues la empresa alega, en reiterados escritos, que la Administración no ha desviado la totalidad de las líneas eléctricas que discurren por las dos parcelas o zonas de obras (A y B), y que el DT le ha ordenado la paralización de las obras en la zona A-1 porque está procediendo a variar nuevamente el proyecto, entregándole diversos planos y llegando a elaborar un formal proyecto de modificación del adjudicado, con variaciones importantes en la estructura y arquitectura de las edificaciones.

Sin embargo, y a diferencia de lo que sucedió en la primera fase de incidencias, respecto de estas nuevas vicisitudes en la ejecución, planteadas por la empresa al órgano de contratación en no menos de cuatro escritos presentados entre octubre de 1996 y enero de 1997 (Antecedentes Decimocuarto a Decimonoveno), no consta que éste ni el DT dieran respuesta alguna a las mismas, como es su obligación cuando en la ejecución de un contrato se plantean incidencias como aquéllas, obligación que, como se vio, sí fue cumplida con ocasión de las primeras incidencias, consiguiendo su resolución, obligando así al contratista a ejecutar el contrato del modo en que aquéllas se resolvieron. Resulta sorprendente que, en esta segunda fase de incidencias, y ante las reiteradas comunicaciones de la contratista sobre la paralización de las obras debida a motivos que la empresa consideraba que lo justificaban (no cabe aceptar en modo alguno lo informado después por el DT en el sentido de que la paralización se realizó *"sin motivo aparente"*, vid. Antecedente Vigésimo), los servicios técnicos del órgano de contratación y la DT no resolvieran dichas incidencias. En cualquier caso, y al margen de la intención subyacente en dicho silencio administrativo, debe insistirse en que lo procedente, a la vista de los escritos de la empresa, hubiera sido que los servicios del órgano de contratación y la DT, previa audiencia de aquélla, le hubieran dirigido las oportunas instrucciones sobre el cumplimiento del contrato, al modo en que procedió en la primera fase antes analizada. Como se dirá seguidamente, este incumplimiento del órgano de contratación de sus obligaciones de

resolver las discrepancias y nuevas vicisitudes en la ejecución del contrato, si bien no enerva la procedencia de resolverlo por causa imputable al contratista, por existir los incumplimientos imputables al mismo que ahora se verán, sí opera como una circunstancia moduladora de su culpa, a los efectos de la pretensión administrativa de decretar la pérdida de la fianza.

En efecto, el hecho de que el órgano de contratación no resolviera las incidencias planteadas por la contratista no autorizaba a ésta a paralizar las obras en las zonas distintas de la apuntada zona A-1, en la que recibió orden de paralización temporal, pues su obligación era ejecutar las obras conforme con lo establecido hasta el momento; quiere decirse que la paralización de obras en esas otras zonas sólo podría considerarse justificada si la empresa hubiera acreditado la imposibilidad de su ejecución por causa de las líneas eléctricas que estimaba que seguían impidiéndolo. Y en este punto es donde la sentencia en cuestión considera que este alegado obstáculo para la ejecución del contrato no puede ser aceptado, pues asume lo expresado en tal sentido por un informe emitido en el proceso por los servicios técnicos del órgano de contratación, frente a lo sostenido en el informe técnico aportado por la empresa; ello permite a la sentencia considerar que no estaba justificada la paralización de las obras por causa de las líneas eléctricas, incurriendo así el contratista en un incumplimiento que le es imputable.

Respecto a las incidencias con la estructura, la sentencia considera injustificada la paralización de las obras, porque aquéllas se resolvieron con lo acordado en la que hemos denominado "*primera fase*" de la ejecución del contrato; ello no resulta correcto porque, como se vio, en aquel primer momento se trataba de unas incidencias distintas de las ahora planteadas por la empresa, y porque desconoce la orden de paralización temporal de las obras en la zona A-1 dada por la DT en fechas posteriores a la resolución de aquellas primeras incidencias. No obstante lo anterior, puede aceptarse con la sentencia que la empresa incurrió en un incumplimiento injustificado, pero sólo en la medida en que no prosiguió las obras en las zonas distintas a dicha zona A-1, como se deduce del informe reseñado en el Antecedente Decimoctavo. Dicho informe viene a reconocer implícitamente la orden de paralización parcial en lo atinente a tal zona y, por ende, la necesidad de un nuevo replanteamiento del proyecto en la misma, lo que llevó incluso a la elaboración del proyecto modificado reseñado en el Antecedente Decimoquinto. Y resulta reprochable que, salvo en el indicado informe, en ninguno de los reseñados en los Antecedentes, en especial en los emitidos para fundamentar la iniciación del primer procedimiento de resolución del contrato, se reconozca un hecho tan trascendental para la ejecución de éste como era la elaboración por parte del DT de un formal proyecto de modificación del hasta ese momento existente, modificación que, según alega el contratista y no ha sido negado por la Administración, representaba una importante variación en la estructura y arquitectura de las obras como para haber requerido del DT su formal elaboración, e incluso de una primera aprobación por el Pleno del Ayuntamiento, lo que tampoco niega la Administración, que guarda un significativo silencio al respecto. Sólo en el informe de valoración de daños y perjuicios de 6 de agosto de 2010, reseñado en la Consideración Cuarta, la Administración reconoce la existencia de "*la modificación de fecha 20.11.1996*", es decir, la fecha de la memoria justificativa de la misma (Antecedente Decimoquinto), por lo que le reconoce virtualidad jurídica, al margen, pues, de su eventual aprobación formal.

Interesa apuntar ya que, en la medida en que a la empresa no le era imputable la paralización en dicha zona A-1, la cual, según la documentación remitida, constituye una parte importante dentro de la totalidad de las obras, tal circunstancia opera como moderadora del incumplimiento del contratista, lo que también ha de influir en lo relativo a la pretendida pérdida de la fianza.

Ahora bien, como se dice, la ordenada paralización temporal de las obras por causa de la elaboración del proyecto modificado sólo afectaba a la zona A-1, por lo que cabe entender injustificada la paralización realizada por la empresa en el resto de zonas, como señalaba el citado informe y otros posteriores, que ratifican que la paralización fue total. Quiere decirse, pues, que existió un incumplimiento imputable al contratista de sus obligaciones contractuales, en la medida en que no tenía justificación la paralización de las obras en las zonas distintas de la indicada, debiendo cumplir en ellas con los plazos contractuales establecidos en el plan de trabajo, lo que no hizo. Ello habilita la resolución del contrato por causa imputable al contratista, debiendo compartirse en este punto lo pretendido por el órgano consultante.

III. Ahora bien, tal y como hemos apuntado con anterioridad, de ello no se sigue necesariamente que el incumplimiento del contratista sea tan culpable como para determinar la pérdida de la fianza.

En nuestro Dictamen nº 103/2003, de 30 de junio, recogíamos el criterio jurisprudencial y doctrinal sobre la procedencia, en determinados casos, de excluir la pérdida de la fianza aun habiéndose decretado la resolución del contrato por causa imputable al contratista. Así, expresábamos lo siguiente:

*"Ya durante la vigencia de la Ley de Contratos del Estado de 1965 la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado venían a coincidir en señalar el diferente plano en que operaban las potestades administrativas de resolución contractual y de incautación y pérdida de la fianza prestada por el contratista. Así, la resolución contractual procedía en tanto se produjera un incumplimiento objetivamente imputable al contratista para el que, conforme a la legislación, estuviese previsto dicha consecuencia resolutoria.*

*Sin embargo, también insistían en destacar que el entonces vigente artículo 53 de dicha Ley exigía, para la pérdida automática de la garantía, la "culpa" del contratista, sin que un incumplimiento imputable a éste significase necesariamente su culpabilidad (a estos concretos efectos de determinar la pérdida de la fianza, se entiende).*

*Así, por todas, es expresiva la STS, Sala 3ª, de 24 de agosto de 1985:*

*"... no ocurre lo mismo en cuanto a pérdida de la fianza también acordada en los conjugados actos administrativos objeto de la actual impugnación contenciosa; pues tal privación expropiatoria del bien económico sujeto a carga real con causa obligacional, requiere para su efectividad la agregación del factor subjetivo de la culpa o relación psicológica de causalidad entre agente y hecho determinante de la resolución, como así, acudiendo al aquí relevante elemento teleológico de interpretación (artículo 3.1 del Código Civil), resulta de los artículos 53 de la Ley y 160 y 168 del Reglamento mencionado, sistemáticamente coordinados con los preceptos de anterior cita; de tal manera que, en la metodología de aplicación de las incautaciones de fianza y aparte el caso de cláusula penal, no cabe reducción al simplismo de la antítesis, o culpa de contratista, o culpa de la Administración contratante, cuando es legítima la resolución; pues ese reduccionismo conduciría a una infundada presunción de culpa en función del sólo hecho de incumplimiento contractual determinante de la resolución, cuando, sujeto el cumplimiento del contrato al principio general de buena fe (artículo 1.258 del Código Civil), que abre un margen de ponderación de circunstancias objetivas, concluyentes de culpa en su citada y distinta acepción subjetiva, que tanto obliga a la Administración, como vincula al Tribunal revisor, a valorar en su conjunto el ámbito circunstancial en que la conducta de incumplimiento se produce para incautar o no la fianza..."*

Por su parte, el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de noviembre de 1990 expresa que la aplicación rígida y formalista de la legislación contractual puede dar lugar en ocasiones a soluciones sensiblemente injustas, que pugnen con las particularidades del supuesto. De ahí que el Alto Órgano Consultivo haya llegado a veces a moderar los efectos propios anejos a la resolución contractual misma, mediante la reducción de la pérdida o incautación de la fianza a un porcentaje de ésta, o excluyendo la incautación. En coherencia con esta "doctrina legal", el máximo órgano consultivo, en su Dictamen de 12 de marzo de 1987 considera procedente la moderación de los efectos propios de la resolución, consistente en la devolución de la fianza, atendiendo, a *"las circunstancias particulares que han rodeado al contrato de obras analizado"*, especialmente al *"cúmulo de irregularidades imputables a la Administración y que pudieran haber causado desconcierto al contratista"*. En su Dictamen 2927/1999, de 24 de febrero, considera que *"respecto de la posible incautación de la fianza -que rige como regla general-, este Consejo ya ha sentado la doctrina general de que cabe modularla en ciertos casos, como son aquellos en los que concurren rasgos culposos de la Administración contratante y de la contratista"*, en tanto que en el Dictamen 3204/2001, de 14 de febrero, declara procedente la propuesta de resolución de un contrato ante el hecho acreditado del incumplimiento del contratista, si bien estima que *"dado que en este caso la culpabilidad en la demora está muy compartida, lo razonable y equitativo, a juicio de este Consejo, es que se acuerde la resolución del contrato sin pérdida de la fianza"*. En el más reciente Dictamen 266/2006, de 30 de marzo, considera igualmente que, aun cuando el contrato debe resolverse por incumplimiento de los plazos parciales, *"la aplicación de las consecuencias legales de la resolución- la eventual indemnización de daños y perjuicios en lo que exceda de la garantía incautada (artículo 113.4 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas)- debe atemperarse a las circunstancias mencionadas..."*

Asimismo, la doctrina de otros órganos consultivos autonómicos revela que, atendiendo a las circunstancias del caso, es posible estimar existente un cierto grado de culpa en el contratista para justificar la resolución del

contrato, pero no para decretar la pérdida de la garantía prestada, especialmente a la vista de la conducta de la Administración en el desenvolvimiento del contrato (vid. Dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía nº 106/97, 56/02 o 401/03, y del Consejo Jurídico Consultivo valenciano nº 578/02). Además, la doctrina científica que más detalladamente ha estudiado la doctrina consultiva autonómica en esta materia, después de advertir el casuismo existente y la falta de sólidos criterios generales, intenta extraer alguna línea general rectora de las soluciones adoptadas por dichos órganos, entre la que destaca la de que la exclusión del pronunciamiento relativo a la pérdida de la garantía y otros posibles efectos indemnizatorios se suele justificar, entre otros casos, en supuestos en que la Administración ha actuado con pasividad en el desenvolvimiento del contrato o lo ha hecho de forma dubitativa en la determinación de alguno de sus extremos, singularmente en la definición de las obras a ejecutar, lo que resulta plenamente aplicable al caso que nos ocupa.

Aplicado lo anterior al caso dictaminado, debe concluirse que la culpa del contratista queda limitada y moderada de forma muy importante por las circunstancias expuestas en su momento, a donde nos remitimos, y que se pueden resumir en la limitación del incumplimiento a unas determinadas zonas, pero no a otra del contrato (A-1), en que la paralización sí estaba justificada (siendo esta última de notable importancia en el conjunto de las obras, según se deduce de la documentación remitida a este Consejo), y a la falta de respuesta del órgano de contratación a las incidencias planteadas, lo que introdujo una notable inseguridad en lo atinente a la correcta ejecución del contrato.

A ello ha de añadirse el notablemente tardío ejercicio administrativo de la potestad resolutoria, por cuanto, siendo imputable a la Administración la caducidad del primer procedimiento tramitado al efecto (caducidad ya advertida al órgano consultante en el primer Dictamen emitido por este Consejo Jurídico sobre el asunto, no seguido por aquél) y, en consecuencia, también la posterior anulación judicial de la resolución contractual en él acordada, el nuevo procedimiento que ahora nos ocupa se inicia más de seis años después de dictarse la sentencia anulatoria del primero, sin que conste justificación al respecto. Esta circunstancia también opera como moderadora del pronunciamiento sobre la pérdida de la fianza, porque ésta tiene como finalidad procurar el resarcimiento a la Administración de los perjuicios derivados del retraso en la ejecución de las obras o servicios de que se trate. Así, merece destacarse lo expresado por el Consejo Consultivo andaluz en su Dictamen nº 698/2008: *"la fianza está llamada a compensar el retraso en la ejecución de la obra o la prestación del servicio, que ha de implicar además la puesta en marcha de un nuevo procedimiento de contratación (...); son perjuicios de difícil evaluación, y precisamente por ello son evaluados a priori con la fianza definitiva. (...) La fianza no es una pena convencional por el incumplimiento, que se agota en sí misma, esto es, cláusula penal en el sentido del artículo 1152, párrafo primero, del Código Civil, sino que responde a cubrir sólo los daños del retraso de la obra o la prestación del servicio."* En nuestro caso, no se desprende de lo actuado que la Administración estimara muy urgente la resolución del contrato para proceder a la nueva contratación de las obras, por lo que los perjuicios derivados de su resolución no parecen ser de tal entidad como para justificar la pérdida de la fianza por el solo hecho de proceder ahora a acordar la extinción contractual.

#### **CUARTA.- La indemnización de daños y perjuicios en procedimiento posterior. La liquidación del contrato.**

I. Aun cuando la propuesta de resolución que nos ocupa viene a indicar que la determinación de los concretos daños y perjuicios producidos a la Administración por la resolución del contrato habrá de realizarse en un procedimiento posterior al presente, previa audiencia del contratista, el interés de la cuestión, su conexión con los razonamientos realizados en relación con la pretendida pérdida de la fianza y el hecho de que en la documentación remitida ya se incluya un informe *"ad hoc"*, de 6 de agosto de 2010 (doc. 18 de los remitidos tras el Acuerdo 6/10 de este Consejo), en el que se razona sobre los concretos daños y perjuicios causados a la Administración por la resolución del contrato, justifican ahora el análisis de esta cuestión.

Dicho informe considera como conceptos indemnizables por el contratista el incremento del precio de ejecución de las obras, incluyendo aquí la necesidad de demoler parte de lo construido y de modificar el proyecto para ajustarlo a la normativa técnica sobre edificación aprobada entre 2003 y 2008, que relaciona, así como el coste de las obras de mantenimiento realizadas por la Administración hasta el presente, ascendiendo todo ello a una cantidad de 2.264.436,79 euros. Sin embargo, ello no puede admitirse por cuanto, en las indicadas fechas, primero pendía un recurso contencioso-administrativo que acabó anulando la resolución contractual acordada en su día por la Administración, anulación debida a una circunstancia exclusivamente imputable a ésta, aunque fuera por motivos relativos a la caducidad del procedimiento; y lo mismo cabe decir una vez concluido dicho recurso y hasta el presente, pues sólo a la Administración cabe imputar la dilación en iniciar un nuevo procedimiento resolutorio y, en consecuencia, en resolver el contrato, por lo que el mayor gasto realizado, o a realizar, derivado de los hechos a

que se refiere dicho informe, ha de ser soportado por aquélla. Gastos que no se hubieran producido de haber atendido en su día el órgano consultante lo informado por este Consejo Jurídico en el primero de sus Dictámenes emitidos sobre el asunto, el 25 de octubre de 1999, en el sentido de declarar la caducidad del procedimiento e incoar uno nuevo para así proceder, en su caso, a la resolución del contrato y la posterior nueva licitación de las obras, lo que no se hizo, asumiendo con ello la Administración los riesgos jurídicos y económicos que tal decisión conllevaba.

II. Por análogos razonamientos a los hasta aquí expresados, debe procederse a la liquidación del contrato, considerando a tal efecto las obras ejecutadas en su día por el contratista que se ajustaran tanto al proyecto adjudicado como a las variaciones o modificaciones del mismo, regulares o no, que en su día acordara la DT.

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

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Por lo que se refiere al plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento objeto de Dictamen, debe tenerse en cuenta lo expresado en su Consideración Segunda, III.

**SEGUNDA.-** Procede acordar la resolución del contrato de referencia por causa imputable al contratista, derivada del incumplimiento del plazo de ejecución del contrato, sin pérdida de la fianza, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen. En consecuencia, la propuesta de resolución que se deduce del informe del IVI reseñado en el Antecedente Vigésimoctavo se informa favorablemente en lo referente a la resolución del contrato propiamente dicha, y desfavorablemente en el resto de pronunciamientos pretendidos. Debe elaborarse a tal efecto una formal y adecuada propuesta de resolución, a elevar al órgano de contratación.

**TERCERA.-** No procede la exigencia al contratista de los daños y perjuicios a que se refiere el informe de 6 de agosto de 2010 reseñado en la Consideración Cuarta del presente Dictamen, procediendo la liquidación del contrato conforme con lo allí expresado.

No obstante, V.E. resolverá.