



## Dictamen 207/2011

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 17 de octubre de 2011, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Totana, mediante oficios registrados el 13 de julio y el 14 de septiembre de 2011, sobre Revisión de oficio para declarar nulo el contrato formalizado con la mercantil -- (expte. 184/11), aprobando el siguiente Dictamen.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El expediente sometido a consulta tiene como antecedentes más significativos, reflejados en nuestro Dictamen núm. 49/2011:

1. Con fecha 3 de diciembre de 2009 se suscribe por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Totana y por x, en representación de la empresa -- (-- en lo sucesivo) el contrato de adjudicación de la obra "ampliación del puente sobre la Rambla de La Santa con la N-304", conforme al proyecto redactado por x, con sujeción al Pliego de Cláusulas Jurídicas, Económico-Administrativas y Técnicas (PCAP) y a la oferta del propio adjudicatario.

El importe de la adjudicación de la obra asciende a la cantidad de 495.453,40 euros, IVA incluido, con sujeción a un plazo de ejecución de 2,25 meses, computados a partir del acta de replanteo de las obras.

2. Tras las vicisitudes que acontecieron durante la ejecución del contrato que se relatan en los Antecedentes del referido Dictamen, con fecha 7 de octubre de 2010 la Junta de Gobierno Local acuerda iniciar el procedimiento de resolución del contrato, por el incumplimiento de la contratista de sus obligaciones contractuales esenciales de adoptar las medidas de seguridad

determinadas en el informe del director de la obra de 7 de octubre de 2010, y dar audiencia a la adjudicataria por el plazo de diez días; ésta se opuso a la resolución del contrato negando el referido incumplimiento, y sosteniendo su ejecución conforme al proyecto aprobado y al Plan de Seguridad y Salud. Además se alegaba que se había solicitado la suspensión del contrato por el impago de tres certificaciones expedidas hasta la fecha, por lo que el contrato continuaba suspendido a causa de la demora en el pago.

3. Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 16 de diciembre de 2010, se acuerda desestimar las alegaciones presentadas por la contratista, sobre la base de los informes evacuados por el director de las obras y por la Secretaría de la Corporación, y recabar el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico.

4. Este Consejo dictaminó la propuesta de resolución contractual en sentido desfavorable, al no quedar acreditada que concurriera la causa invocada, sin perjuicio de señalar que ello no prejuzgaba que a la fecha de la emisión del Dictamen núm. 49/2011 concurrieran otras causas de resolución a instancia de la contratista o de la propia Administración.

**SEGUNDO.-** Tras la recepción del referido Dictamen (el 16 de marzo de 2011), la Junta de Gobierno Local, en su sesión de 31 de marzo siguiente, acordó revocar el acuerdo anterior de 7 de octubre de 2010 por el que se iniciaba el procedimiento de resolución contractual, procediendo a la continuación de las obras, lo que fue notificado a la contratista --, cuyo representante presenta escrito de alegaciones el 11 de abril de 2011, en el que expresa, entre otras cuestiones, que han transcurrido más de diez meses desde la expedición de tres certificaciones de obra por un montante de 290.015,91 euros, sin que se haya procedido a su pago por el Ayuntamiento, por lo que concurre la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 200.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP, en lo sucesivo), solicitando que se le abonen las certificaciones pendientes, más los intereses de demora, los daños causados por el Ayuntamiento que relacionan en su escrito, así como que se acuerde la resolución del contrato con la devolución del aval.

**TERCERO.-** Con fecha 14 de abril de 2011, la Junta de Gobierno Local, tras la emisión de los correspondientes informes por el técnico director de las obras y por la Secretaría de la Corporación (que se transcriben en la certificación), acuerda, a instancia de la adjudicataria, resolver inicialmente (sic) el contrato suscrito entre la mercantil -- y el Ayuntamiento de Totana para la ampliación del puente existente, por incumplimiento de las obligaciones de pago por un plazo superior a 8 meses. También se acuerda comunicar a la mercantil adjudicataria que se persone el día 29 de abril, a las 11 horas, para proceder a la medición correspondiente.

**CUARTO.-** El 20 de abril siguiente, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Totana aprueba el proyecto técnico redactado por el Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos -, para la terminación de las obras de ampliación del puente existente sobre la Rambla de La Santa, que se encuentran a medio ejecutar, por un montante de 199.722,31 euros, más 35.950,02 correspondiente al IVA. En el mismo acuerdo se aprueba el PCAP que figura como Anexo I, y que ha de regir la licitación y adjudicación del contrato referido, al igual que se autoriza el gasto, solicitando ofertas, al menos, de tres empresas capacitadas para la realización de su objeto, mediante la tramitación del procedimiento negociado sin publicidad para las referidas obras.

**QUINTO.-** El 16 de mayo de 2011, la Junta de Gobierno Local, a propuesta de la mesa de contratación, selecciona la única proposición presentada por la mercantil --, requiriéndole para que presente los siguientes documentos: certificado de estar al corriente con la Seguridad Social y con la Agencia Tributaria, certificado o documentación de riesgos laborales, garantía definitiva y Plan de Seguridad y Salud. También se comunica que el órgano de contratación deberá adjudicar el contrato dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la documentación, conforme al artículo 15 del Pliego que ha de regir el procedimiento negociado sin publicidad.

**SEXTO.-** El 19 de mayo de 2011, el órgano de contratación adjudica la ejecución de las obras para la terminación del puente a la mercantil --, con el siguiente condicionado:

- Disponer el gasto por el montante de 235.500 euros, IVA incluido.
- Notificar el precitado acuerdo a los interesados.
- Comunicar que la formalización del contrato en documento administrativo se realizará dentro de los quince días hábiles siguientes, a contar desde la fecha de la notificación de la adjudicación.
- Publicar la adjudicación en el perfil del contratante (página web del Ayuntamiento) y en el Boletín Oficial de la Región de Murcia (BORM).

Formalizado el contrato al día siguiente (folios 27 y ss.), fue objeto de publicación la fecha de adjudicación y la formalización del contrato en el BORM de 2 de junio de 2011.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 6 de junio de 2011 (registro de entrada), x, en representación de la mercantil --, presenta un escrito en el que expone que ha tenido conocimiento, a través de la

publicación en el BORM, de la adjudicación y de la formalización del contrato a la mercantil --, impugnando dichos acuerdos por no considerarlos ajustados a derecho por los siguientes motivos:

1º) Nulidad del acuerdo de adjudicación de la obra al contratista por infracción del artículo 222.5 LCSP, puesto que para que las obras hayan de ser continuadas por otro empresario, el órgano de contratación habrá de proceder a la liquidación de la obra ejecutada por el anterior contratista y a notificarle dicha liquidación.

También sostiene la posible concurrencia de otra causa de nulidad de pleno derecho (artículo 32.c LCSP) por contratar con carencia o insuficiencia de crédito en las normas presupuestarias del Ayuntamiento.

2º) Comisión de un presunto delito de prevaricación.

Se ha dictado una resolución a sabiendas de su injusticia, sin que se haya notificado a su representado que se personara en la obra a los efectos de proceder a su liquidación, considerando que la conducta de la Junta de Gobierno Local puede constituir la comisión de un presunto delito de prevaricación tipificado en el artículo 404 del Código Penal.

3º) Comisión de un presunto delito de estafa.

El modo de proceder del Ayuntamiento evidencia de manera clara el ánimo de éste de conseguir la realización de una obra pública sin coste alguno para el Ayuntamiento, pretendiendo que sea financiada en un primer momento por -- y actualmente por la nueva adjudicataria del contrato.

Finalmente, solicita que se declare la nulidad de la adjudicación del contrato referido a la mercantil -- y se proceda a la notificación de la liquidación de las obras ejecutadas por --, con carácter previo a la adjudicación del nuevo contrato, y todo ello, con expresa reserva del ejercicio de las acciones penales que asistieren a su mandante.

**OCTAVO.-** La Secretaría de la Corporación Municipal emite un informe el 4 de julio de 2011

sobre el escrito impugnatorio presentado por la mercantil --, en el que describe las siguientes actuaciones en relación con la liquidación del contrato anterior:

- Se comunica a la mercantil -- que se persone el día 29 de abril, a las 11 horas, para proceder a la medición correspondiente y llevar a cabo la liquidación, compareciendo un representante de la misma y los técnicos intervinientes. Se afirma que en el expediente hay correos que reflejan las actuaciones realizadas tanto por el Director de las obras, como por el representante de la mercantil, tendente a facilitarse mutualmente la información para llevar a cabo la liquidación de las obras. No constan dichos correos en la documentación remitida.
- Posteriormente, el 8 de junio de 2011 se elabora el acta de liquidación de las obras, en la que se pone de manifiesto que las ejecutadas ascienden a la cantidad de 299.826,11 euros, de los cuales se encuentran certificadas 290.015,91 euros, quedando un saldo de liquidación de 9.810 euros, correspondiente a la última certificación y final en el proyecto de certificación, que no está firmada por ningún representante de la mercantil --.

Seguidamente, reconoce que se ha producido una infracción del ordenamiento jurídico, concretamente del artículo 222.5 LCSP en cuanto el órgano de contratación no notificó a la mercantil -- la liquidación de las obras ejecutadas, antes de acordar la continuación de las mismas, adjudicándolas a un nuevo contratista.

Tras valorar si se trata de un supuesto de nulidad de pleno o anulabilidad, alcanza la conclusión de que la nueva adjudicación ha incurrido en un vicio de nulidad radical (artículo 32 LCSP) por haberse prescindido de un trámite esencial (equiparable a la omisión del procedimiento), como es la preceptiva liquidación previa antes de iniciar y adjudicar un nuevo contrato que permita la continuación de las obras, así como determinar las que quedan por realizar y su valoración.

**NOVENO.-** El 6 de julio de 2011, la Junta de Gobierno Local acuerda aprobar el proyecto de liquidación, cuya copia digital se ha remitido a este Consejo Jurídico, indicando que la mercantil -- puede impugnar dicha valoración ante el órgano de contratación, que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días (no consta en el expediente la notificación de dicha liquidación a la citada mercantil).

También propone estimar las alegaciones presentadas por x, en representación de la mercantil --, referente a la necesidad de declarar nulo el acuerdo de adjudicación de la terminación de las obras y posterior contrato formalizado con la mercantil --, e iniciar el

procedimiento de revisión de oficio para su declaración.

Finalmente se acuerda solicitar el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico.

**DÉCIMO.-** Recabado éste, se adoptó el Acuerdo núm. 16/2011, de 13 de julio, en el que se requería al Ayuntamiento consultante que completara las actuaciones con la propuesta que se sometía a Dictamen, los trámites de audiencia a los interesados y copia del expediente de contratación sobre el que versa la nulidad de pleno derecho pretendida.

**UNDÉCIMO.-** El 14 de septiembre de 2009 se ha remitido a este Consejo Jurídico la documentación precitada, acompañada del nuevo escrito de alegaciones presentado por la mercantil --, en el que reitera las argumentaciones anteriormente expresadas en el escrito de 6 de junio de 2011, y la propuesta de resolución adoptada por la Junta de Gobierno Local, en su sesión de 12 de septiembre de 2012.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se ha recabado con carácter preceptivo por el Ayuntamiento de Totana, al proponer el órgano de contratación la declaración de nulidad de pleno derecho, mediante el procedimiento de revisión de oficio, de la adjudicación y posterior formalización del contrato con la mercantil --, al amparo de lo dispuesto en el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con lo previsto en el artículo 102 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

**SEGUNDA.-** Naturaleza del escrito de petición de nulidad formulado por la mercantil --.

A partir de la invocación de un supuesto de nulidad de pleno derecho contenido en el escrito

presentado por la mercantil -- el 6 de junio de 2011, que atañe a la adjudicación y al contrato formalizado con la mercantil --, para la terminación de las obras de la construcción de un puente sobre la Rambla de la Santa, el informe de la Secretaría de la Corporación Municipal viene a considerar que el cauce adecuado para la declaración de nulidad de dicha adjudicación es un procedimiento de revisión de oficio previsto en el artículo 102 LPAC, tras considerar que se ha incurrido en una infracción del ordenamiento, al no haberse notificado previamente la liquidación de las obras ejecutadas al anterior contratista, antes de la nueva adjudicación del contrato para la terminación de dichas obras (artículo 222.5 LCSP).

Sin embargo, existen razones jurídicas para recalificar o encauzar dicha petición de nulidad como un recurso potestativo de reposición, ya que la mercantil -- interpone en tiempo y forma un escrito impugnatorio contra los actos municipales recurridos, que son susceptibles del citado recurso como más adelante se expondrá. Quiere ello decir que el acto no es firme en vía administrativa, incumpliéndose pues el requisito principal del artículo 102.1 LPAC para que pueda utilizarse la vía de la revisión de oficio.

Además de ello, sobre si la resolución expresa de un recurso de reposición es el cauce adecuado para la estimación de la petición de nulidad de pleno derecho, este Consejo Jurídico ha dado la respuesta afirmativa en los Dictámenes núms. 148/2010 y 27/2005, señalando en este último:

*"el artículo 107.1 LPAC dispone con claridad que los recursos administrativos ordinarios (alzada y reposición) pueden fundarse en "cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63" de la misma. Además, su artículo 113.3 especifica que el recurso decidirá "cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantea el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados", si bien la resolución "será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial". Se trata, por tanto (el del correspondiente recurso ordinario) de un procedimiento administrativo de "plena jurisdicción", si utilizamos un símil procesal, para decidir sobre cualquier vicio jurídico, incluyendo la posible nulidad radical que pueda advertirse en el acto recurrido.*

*Por su parte, aun cuando el artículo 102.1 establezca "in genere" la posibilidad de que se inicie un procedimiento revisorio para declarar la nulidad de actos que hayan puesto fin a la vía administrativa (caso de la Orden de adjudicación que nos ocupa) "o" de actos que no hayan sido recurridos en plazo, si existe un recurso ordinario interpuesto en plazo en el que la Administración, como vemos, tiene plena competencia para resolver las cuestiones que se plantean, incluida la nulidad radical del acto recurrido, no procede que, de oficio, la Administración inicie un procedimiento revisorio."*

Quiere decirse, pues, que en el seno de la resolución del recurso de reposición se pueden abordar las infracciones jurídicas invocadas, resultando innecesario para tal fin el procedimiento revisorio iniciado, si bien su instrucción ha permitido, no obstante, que el nuevo adjudicatario pudiera presentar alegaciones frente a la eventual admisión del recurso interpuesto por el anterior contratista, evitando así su indefensión (artículo 112 LPAC).

### **TERCERA.- La normativa de contratación aplicable al expediente y los recursos administrativos procedentes.**

La normativa aplicable a los actos cuya nulidad se postula, es la LCSP, así como 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 (RCAP), en lo que no se oponga a aquélla recogiéndose dicha sujeción en el PCAP que rige esta contratación.

De otra parte, la Disposición final octava de la LCSP establece que los procedimientos regulados en la misma se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la LPAC y normas complementarias.

En cuanto a los recursos que proceden frente al acto de adjudicación, la LCSP (modificada por la Ley 34/2010, de 6 de agosto) contiene una diferenciación, según se trate de procedimientos sujetos a regulación armonizada (negocios que por razón de la entidad contratante, de su tipo y de su cuantía se encuentran sometidos a las directrices europeas) y los que no lo están, pues en el primer caso ha previsto un recurso especial en materia de contratación, frente a determinados actos, regulado en los artículos 310 y ss., respecto a los que ya no proceden los recursos administrativos ordinarios. Sin embargo, para los contratos que no estén sujetos a dicha regulación armonizada, como ocurre en el presente caso (los contratos de obras cuyo valor estimado sea inferior a 5.150.000 euros), la LCSP establece que los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación podrán ser objeto de recurso, de conformidad con lo dispuesto en la LPAC (artículo 310.5, segundo párrafo).

Pues bien, entre los recursos ordinarios previstos en la LPAC se encuentra el potestativo de reposición (artículo 116), que se interpone frente a los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa, y que podrán ser recurridos ante el mismo órgano que los hubiera dictado, o por el contrario ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo.

En el presente caso concurren los requisitos para entender que el escrito de petición de nulidad presentado por la mercantil -- puede ser recalificado como un recurso potestativo de reposición por las siguientes razones:

## 1. Legitimación.

La mercantil --, adjudicataria del contrato primigenio del que trae causa este segundo contrato para la terminación de las obras, solicitó la resolución de aquél por la demora de más de 8 meses en el pago de las certificaciones de obras aprobadas, habiendo reconocido el Ayuntamiento que concurre la causa de resolución invocada, cuyo incumplimiento no sería, en ningún caso, imputable a dicha mercantil (artículos 206, apartado e, en relación con el 200.6, ambos LCSP).

Por tanto, resulta evidente su condición de parte interesada, al poder verse afectados sus derechos (artículo 31.1,b LPAC), como reconoce implícitamente el informe de la Secretaría de la Corporación de 4 de julio de 2011, en tanto se adjudica el nuevo contrato con disposición del gasto, cuando aún no se había notificado a la anterior contratista la liquidación de su contrato, que lleva aparejada toda resolución contractual, requisito exigido por el artículo 222.5 LCSP para la continuación de las obras.

## 2. Actos impugnados susceptibles de recurso.

La mercantil reclamante sostiene la nulidad tanto del acuerdo de adjudicación, como del contrato formalizado.

El acuerdo de adjudicación del nuevo contrato para la terminación de las obras a la mercantil --, adoptado por la Junta de Gobierno de 19 de mayo de 2011 conforme al procedimiento previsto en el Pliego y en el artículo 135 LCSP, es susceptible de impugnación a través del recurso potestativo de reposición, y la eventual estimación de la nulidad de la adjudicación, a través del recurso pertinente, conllevará en todo caso la del mismo contrato, conforme a lo previsto en el artículo 35.1 LCSP.

## 3. Requisitos de tiempo y forma.

Según el artículo 117 LPAC, el plazo para la interposición del recurso potestativo de reposición será de un mes si el acto fuera expreso, por lo que el escrito impugnatorio presentado por el representante de la mercantil -- el 6 de junio se ajusta al plazo indicado, teniendo en cuenta tanto la fecha de adopción de la adjudicación, como la de su publicación en el BORM (el 2 de junio).

En cuanto a los requisitos formales, la falta de identificación del medio impugnatorio no es un obstáculo insalvable, a la vista de lo señalado por el artículo 110.2 LPAC, "el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter". Por tanto, los recursos tienen la naturaleza que corresponda a su contenido, aunque exista ausencia en su calificación, como recoge la doctrina del Tribunal Supremo (por todas, STS, Sala 3<sup>a</sup>, de 30 de junio de 1981).

En definitiva, la Administración tiene la potestad de recalificar el escrito como recurso frente a actos susceptibles de impugnación en vía administrativa, en caso de error o ausencia de indicación, siempre y cuando se deduzca de su contenido el verdadero carácter, como ocurre en el presente caso.

A mayor abundamiento, el artículo 102.1 LPAC excluye el procedimiento de revisión de oficio para aquellos actos que hayan sido recurridos en plazo.

#### 4. Actuaciones previas tendentes a la resolución del escrito impugnatorio.

Los acuerdos hasta ahora adoptados por el órgano de contratación, en relación con la declaración de nulidad, no dejan de ser actos trámites y propuestas tendentes a la adopción de ésta postulada por el recurrente, por lo que cabe entender que aún no se ha resuelto expresamente el recurso de reposición interpuesto por la mercantil -- en lo que a la declaración de nulidad se refiere y, en coherencia con las anteriores consideraciones, procedería su resolución expresa entrando en el fondo de los vicios alegados por el recurrente referidos a los actos de adjudicación y formalización del contrato, así como proceder al archivo del procedimiento de revisión de oficio iniciado.

#### **CUARTA.- Las infracciones invocadas.**

A tenor de lo establecido en el artículo 222.1 LCSP, la resolución del contrato de obras dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista, y siendo necesaria la citación de éste, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición. En el apartado 5 del mismo artículo se establece que "*cuando las obras hayan de ser continuadas por otro empresario o por la propia Administración, con carácter de urgencia, por motivos de seguridad o para evitar la ruina de lo construido, el órgano de contratación, una vez que haya notificado al contratista la liquidación de las ejecutadas, podrá acordar su continuación, sin perjuicio de que el contratista pueda impugnar la valoración efectuada ante el propio órgano. El órgano de contratación resolverá lo que proceda en el plazo*

*de quince días".* También el artículo 208.3 de la misma Ley establece que cuando el incumplimiento sea atribuible a la Administración, ésta habrá de indemnizar los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen a la contratista.

La regulación de los efectos de la resolución contractual es completada por el artículo 172 RCAP, que establece la obligación de la Administración, una vez iniciado el oportuno expediente de resolución de un contrato cuyas obras hayan de ser continuadas por otro empresario o por la propia Administración, de proceder seguidamente a formular la liquidación de las obras ya efectuadas. Dicho precepto reglamentario establece en su segundo párrafo, que *"la liquidación comprenderá la constatación y medición de las obras ya realizadas, especificando las que sean de recibo y fijando los saldos pertinentes en favor o en contra del contratista"*; añadiendo, en el último párrafo, que *"la liquidación se notificará al contratista al mismo tiempo que el acuerdo de resolución"*.

Sobre la obligación del órgano de contratación de notificar la liquidación de las obras ejecutadas, antes de acordar su continuación por otro contratista, la STS, Sala 3<sup>a</sup>, de 16 de junio de 1994, señala:

*"Pues bien, según el precepto reglamentario es necesario que la Administración notifique al contratista, al mismo tiempo que notifica el acuerdo de resolución del contrato de obras, la liquidación practicada por aquélla, en la cual se habrá de comprender la constatación y medición de las obras ya realizadas, especificando las que sean de recibo y fijando los saldos pertinentes (...) Pues sólo así, este último podrá tener conocimiento expreso de todo ello y, podrá impugnar la valoración efectuada si conviniere a su derecho; con la consecuencia de que sólo así se evitará la indefensión del contratista, que la Constitución y el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (artículo 63 de la actual LPAC) tratan de evitar. Pues, notificar una liquidación supone tanto como comunicarla formalmente al notificado en su integridad, sin que dicho acto formal pueda ser suplido por el hecho de que, antes de la determinación concreta de la liquidación, se hubiera puesto de manifiesto al contratista, en trámite de audiencia, el proyecto de la misma (...). Con fundamento en el referido artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (hoy artículo 63 LPAC relativo a los vicios de anulabilidad) se procedió a anular las actuaciones por la referida Sentencia.*

Así pues, ante la petición de la contratista de resolución contractual por la demora en el pago de las certificaciones aprobadas, la Junta de Gobierno Local acordó resolver inicialmente (lo que cabe interpretar que inició el procedimiento para la resolución del contrato, a petición de la contratista), en su sesión de 14 de abril de 2011, citando a la adjudicataria para el día 29 de abril con la finalidad de proceder a la medición correspondiente. En este concreto aspecto de la citación, la actuación sí se ajustó a lo dispuesto en el artículo 222.1 LCSP.

Con posterioridad, no existe constancia en el expediente de las comunicaciones a las que hace referencia la Secretaría de la Corporación entre el técnico director de las obras y la contratista a los efectos de la medición de obras y de la indicada liquidación. Ciertamente, se constata que no se notificó a la mercantil -- dicha liquidación, junto con la resolución del contrato - la adopción del primer acuerdo como resolución inicial, parece exigir la posterior adopción de un acuerdo resolutorio conjuntamente con la aprobación de la liquidación-, antes de la adjudicación del nuevo contrato para la terminación de las obras, incumpliéndose con ello lo previsto en los artículos 222.5 LCSP y 172 RCAP. Con posterioridad, en fecha 6 de julio de 2011 se ha procedido a la aprobación de la liquidación por la Junta de Gobierno, y a su notificación a la mercantil -- según dicho acuerdo (no consta la notificación a esta última en el expediente remitido), si bien en aquel acuerdo se omite cualquier referencia a otras partidas solicitadas por la contratista (escrito de 11 de abril de 2011), como la devolución del aval, los intereses de demora o la indemnización de los daños y perjuicios, que exigirían igualmente un pronunciamiento por parte municipal.

Cabría discutir si se trata de un supuesto de nulidad de pleno derecho, por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento previsto, conforme a la causa señalada en el artículo 62.1,e) LPAC, en relación con el 32,a) LCSP, o de anulabilidad, predictable de las restantes infracciones del ordenamiento general y, en particular, de las reglas contenidas en la normativa de contratos (artículo 33 LCSP), en tanto la notificación de la liquidación fue efectuada posteriormente, lo que podría suscitar la convalidación posterior de dicho defecto (artículo 67 LPAC).

Sin embargo, no cabe duda que la infracción detectada tiene una gran relevancia en el presente caso, equiparable a la omisión de un trámite esencial, como expresa el informe de la Secretaría de la Corporación Municipal, por las siguientes razones:

1<sup>a</sup>) Los términos en que se adoptó el acuerdo de la Junta de Gobierno de 14 de abril de 2011, haciendo referencia a la resolución inicial del contrato anterior, salvo que se adoptara otro posterior por el órgano de contratación que no consta en el expediente, parecen mostrar un procedimiento de resolución contractual inconcluso, por lo que cabría sostener incluso que el contrato anterior no se ha extinguido (artículo 204 LCSP), a lo que se añade la obligada notificación de la liquidación y el pronunciamiento sobre las restantes partidas reclamadas (entre ellas, la devolución del aval), antes de la continuación de las obras por otro adjudicatario (artículo 222.5 LCSP). A tales efectos, presupuesto para la continuación de las obras por otro contratista, es la medición de las ya realizadas fijando los saldos resultantes.

2<sup>a</sup>) La omisión de tales trámites en aquel momento del procedimiento tiene una gran relevancia para el interesado, teniendo en cuenta que la causa que motiva la resolución del contrato anterior no es otra que la demora en el pago por parte de la Administración, y que la prosecución de las obras con otro contratista podría imposibilitar el cobro de las partidas

pendientes, e incluso propiciar que el nuevo contrato pudiera estar incurso en una causa de nulidad de pleno derecho, como es la carencia o insuficiencia de crédito (artículo 32,c LCSP), lo que también suscita la mercantil reclamante, motivo que igualmente debe ser también valorado y contestado por el órgano de contratación en la resolución del recurso.

En cualquier caso, la estimación del recurso de reposición puede fundarse tanto en los motivos de nulidad o anulabilidad, conforme a lo expresado en el artículo 107.1 LPAC.

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

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Procede que el órgano de contratación recalifique el escrito impugnatorio presentado por la mercantil -- como recurso potestativo de reposición, frente a los actos cuya nulidad se postula.

**SEGUNDA.-** En consecuencia, en atención a las infracciones detectadas (Consideración Cuarta) habrá de ser resuelto expresamente el citado recurso potestativo de reposición sobre los motivos de nulidad esgrimidos, procediendo al archivo del procedimiento de revisión.

No obstante, V.S. resolverá.