



**Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **145/2012**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 11 de junio de 2012, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Molina de Segura, mediante oficio registrado el día 10 de mayo de 2012, ampliado por oficio registrado el 16 siguiente, sobre resolución del contrato de construcción de un centro de interpretación de la Muralla Árabe y Archivo Histórico Municipal de Molina de Segura (expte. **125/12**), aprobando el siguiente Dictamen.

## **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Tras la correspondiente licitación y adjudicación, el 26 de febrero de 2007 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Molina de Segura y la UTE "--", abreviadamente "--", formalizaron un contrato administrativo para la ejecución de las obras de construcción de un centro de interpretación de la muralla árabe y archivo histórico municipal en Molina de Segura, por un precio de 5.144.389,34 euros (IVA incluido) y un plazo de ejecución de 21 meses a partir de la formalización del acta de comprobación del replanteo.

**SEGUNDO.-** Previa autorización otorgada por la citada Junta de Gobierno el 21 de enero de 2010, el 22 siguiente se otorgó escritura pública de cesión del referido contrato a "--", mediante la que, en síntesis, ésta se subroga a partir de tal fecha en todos los derechos y obligaciones derivados del contrato, sin perjuicio de los derechos de cobro de determinadas cantidades a favor de la cedente y sus endosatarios, dimanantes de las certificaciones de obra nº 14 y 15 de tal contrato; como antecedentes, en dicha escritura se consignan, entre otros, que el 21 de mayo de 2009 el citado Ayuntamiento y la cedente firmaron un contrato de modificación del originario, incrementándose el precio en 1.005.133,37 euros, por lo que el importe total del contrato era de 6.149.522,71 euros, habiéndose ejecutado y certificado, a la fecha de la escritura, obras por importe de 3.444.937,13 euros, quedando, por tanto, pendiente de ejecutar y certificar el resto, es decir, 2.704.585,58 euros (IVA incluido).

Constan en el expediente dos avales de la cesionaria, por importe total de 249.100,57 euros, que sustituyen a los prestados en su día por la cedente, en cumplimiento de lo establecido en la normativa de contratos aplicable, correspondientes al importe total del contrato tras la referida modificación.

**TERCERO.-** El 5 de marzo de 2010 la citada Junta de Gobierno tomó razón de la escritura de cesión del contrato.

**CUARTO.-** En marzo de 2011 los Directores facultativos de la obra formulan un documento denominado *"Justificación y liquidación de obra"*, suscrito asimismo por la contratista, en el que, en síntesis, se expresan los antecedentes y el objeto de lo que califican como *"liquidación provisional"* de las obras, haciendo referencia a que, durante la ejecución, *"aparecen una serie de contratiempos en la obra que, una vez consensuados con la empresa contratista, obligan a realizar variaciones importantes respecto al proyecto contratado"*, lo que motiva la redacción de dicho documento para la *"correcta finalización"* de las obras, expresando seguidamente las *"circunstancias que motivan las modificaciones"*, detalladas por referencia a los diferentes capítulos del proyecto, y que pueden resumirse, según dicho documento, en la necesidad de *"incrementarse en unos casos algunas partidas por exceso de medición motivados por imprevistos en obra, y en otros casos a la aparición de nuevos precios en función de las necesidades que han ido surgiendo"*; asimismo, expresa los *"factores económicos"* que determinan un *"presupuesto líquido adicional de 617.977,20 euros, lo que representa el 9,98% del presupuesto original"*, dando ello como resultado un presupuesto total de contrata de 6.809.276,28 euros, cantidad que el documento desglosa en los referidos capítulos, incluyendo un anexo de *"presupuesto y mediciones"*. (Conviene apuntar ya que, en realidad, este documento debe considerarse más que como una auténtica liquidación de obras, como parte de un proyecto de modificación del adjudicado en su día, sin que conste que tal proyecto fuera finalmente tramitado y aprobado por el Ayuntamiento).

**QUINTO.-** El 7 de noviembre de 2011, el Responsable del Negociado de Contratación del Ayuntamiento emite informe en el que expresa que *"con fecha 15 de marzo de 2010 se firmó acta de inicio (en realidad, de reinicio) de la obra; al 31 de octubre de 2010 (sic) han transcurrido 17 meses (sic), por lo que podría haber un retraso punible en la ejecución de la obra, debiendo informar los técnicos correspondientes"*. El mismo día que el transcrito informe, la Concejala Delegada de Contratación solicita al Supervisor Municipal y a los redactores del proyecto y asimismo Directores Facultativos de las obras que informen *"sobre los meses de ejecución del contrato y retrasos del mismo, por si procediera la resolución culpable"*.

**SEXTO.-** El 22 de diciembre de 2011, la contratista presenta escrito dirigido al Ayuntamiento en el que, en síntesis, expresa que se han certificado obras por un total de 6.149.279,20 euros, correspondientes a las certificaciones nº 1 a 25, y que *"el presupuesto líquido asciende a 6.149.522,71 euros, por lo que la diferencia pendiente de certificar es de 243,51 euros"*; añade que *"se ha agotado prácticamente el presupuesto de la obra y, sin embargo, esta mercantil ha ejecutado más obra de la presupuestada, por lo que no es posible certificar las obras ejecutadas no incluidas en el presupuesto"*, razón por la que *"no queda otra opción"* que la de comunicarle al Ayuntamiento, por medio de dicho escrito, *"la suspensión de los trabajos, esto es, la paralización de las obras en curso, en tanto en cuanto no nos aporten una solución económica a este problema que nos permita finalizarlas"*. Adjunta al escrito un *"Cuadro Resumen con el total de la obra realizada y pendiente de ejecutar"*.

En dicho cuadro o anexo figuran unas cantidades que, en principio, no parecen responder a lo expresado en el citado escrito ni, sobre todo, a lo previsto en el documento técnico de marzo de 2011 reseñado en el Antecedente Cuarto, pues en dicho anexo se consigna la cantidad de 6.149.528,11 euros como importe del *"proyecto modificado"* (que parece aludir a lo que en el escrito se califica como presupuesto líquido, aunque no coincidan exactamente las cantidades); la de 7.444.645,39 euros como *"impte. total final. obras"* (que parece referirse al importe total de la obra una vez se terminase, y que no se corresponde con el importe consignado en el mencionado documento de marzo de 2011); la cantidad de 1.254.981,10 euros como *"diferencia modif. obras"* (que no es el resultado de restar la primera cantidad a la segunda, de las antes expresadas); y, finalmente, una aún más confusa consignación de cantidades en la última columna del cuadro, con las que (con todas las reservas posibles) y en unión de lo expresado en el escrito, la empresa parece querer indicar que, entre las obras realmente ejecutadas hasta el momento y lo que se ha certificado efectivamente por la Dirección Facultativa por existir presupuesto al efecto, existe una diferencia de 389.318,11 euros, sin financiación garantizada para la misma ni, se deduce, para el resto de obras pendientes de ejecutar. Sobre el importe de estas últimas también surgen dudas, si bien, considerando la alegada cifra de 7.444.645,39 euros como importe total de las obras, y que la contratista manifiesta que se ha certificado obra por 6.149.279,20 euros, si se suma a esta cantidad los 389.318,11 euros que parecen alegados en concepto de obra ejecutada y no certificada, arrojaría un total de obras ejecutadas por valor de 6.538.597,31 euros; cantidad que, frente a los indicados 7.444.645,39 euros en que valora el importe total de

las obras a su finalización, daría pie a considerar que, a su juicio, restaría por ejecutar obra por importe de 906.048,08 euros (ello siempre a partir de los datos alegados por la empresa y con la interpretación que de los mismos se ha dado anteriormente).

**SÉPTIMO.-** Reiterada la solicitud de informe mediante oficio de 23 de enero de 2012, y sin que conste que a la Dirección Facultativa se le hubiera remitido el anterior escrito de la contratista, ni solicitado informe sobre el mismo, el 30 de enero de 2012 los Directores Facultativos emiten un informe, en el que expresan lo siguiente:

*"El Proyecto inicial adjudicado a -- asciende a la cantidad de 5.144.389,34 euros, posteriormente el Ayuntamiento de Molina aprobó un modificado por importe de 1.005.133,37 euros, ascendiente a un total de 6.149.522,71 euros.*

*El plazo de ejecución del proyecto inicial según la oferta de -- es de 21 meses, al que habría que añadir 4 meses más por el modificado (es la proporción entre el importe adjudicado inicial más el importe modificado).*

*Una vez efectuada la formalización de la cesión el día 22 de febrero de 2010, mediante escritura pública, del contrato de obras (...), el proyecto pendiente de ejecutar ascendía a la cantidad de 3.444.937,13 euros.*

*Que con fecha 15-03-2010 se firmó entre el Ayuntamiento de Molina de Segura y --, Acta de inicio de las obras, correspondiendo un período de ejecución de 11 meses, correspondiente a la parte proporcional del importe de obra a realizar y del total de meses previstos.*

*La fecha de finalización de la obra debería haber sido en febrero de 2011.*

*Al día de la fecha, 30 de enero de 2012, se ha producido un retraso del plazo de ejecución de once meses."*

**OCTAVO.-** El 14 de febrero de 2012, la Junta de Gobierno Local, a la vista del previo informe del Asesor Jurídico y la propuesta de la Concejala Delegada competente, acordó: a) iniciar expediente *"de resolución, culpable, por demora en el cumplimiento del plazo"* por parte de la contratista, de conformidad con lo establecido en el artículo 111,e) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), concediendo trámite de audiencia por plazo de diez días a los interesados; b) trasladar dicho acuerdo a la contratista, entidad avalista y Directores Facultativos de las obras, emplazándoles para su personación el 22 de febrero de 2012 en las oficinas municipales *"para proceder posteriormente a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con cargo a Proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista"*. Consta en el expediente que dicho acuerdo fue notificado también a la administración concursal de la contratista (en un informe posterior se dirá que la empresa fue declarada en concurso voluntario de acreedores mediante Auto de 7 de octubre de 2011, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia).

**NOVENO.-** Mediante escrito presentado el 20 de febrero de 2012, la contratista solicita al Ayuntamiento que *"la liquidación a comprobar"* se le facilite al menos 24 horas antes de la mencionada comparecencia, para su estudio.

**DÉCIMO.-** El 21 de febrero de 2012, la entidad avalista presenta escrito en el que, en síntesis, expresa que, habiendo sido declarada la contratista en concurso de acreedores, no procede la incautación de la garantía, según lo establecido en los artículos 206 a 208 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

**UNDÉCIMO.-** Mediante oficio de 21 de febrero de 2012, el Asesor Jurídico del Ayuntamiento remite a la contratista una copia de un documento, suscrito por los Directores Facultativos de las obras, denominado *"Valoración del estado actual de la obra ejecutada. Enero de 2012"*.

Dicho documento manifiesta que contiene la valoración y medición del estado de la obra a 12 de enero de 2012, y tiene una sistemática y contenido similar al documento de marzo de 2011 reseñado en el Antecedente Cuarto, con algunas variaciones.

En síntesis, en este documento se exponen los antecedentes de las obras (pero sin la mención al documento de marzo de 2011) y se analizan pormenorizadamente, por capítulos constructivos, las *"circunstancias que motivan las modificaciones"* efectivamente introducidas en las obras, expresando que se trata de variaciones *"sobre el contrato inicial"* (pag. 3), aunque parece que debe entenderse que se refiere al contrato tal y como quedó tras la modificación formalizada con el inicial adjudicatario el 21 de mayo de 2009 (Antecedente Segundo). En esta denominada liquidación provisional, al igual que en el referido documento de marzo de 2011, se expresa que los *"contratiempos"* surgidos en las obras habían sido *"consensuados con la empresa contratista"* y habían dado lugar a *"variaciones importantes sobre el contrato inicial que tienen que ser abordadas con esta liquidación"*. Si se compara la memoria de ésta con la del documento de marzo de 2011, se advierten algunas modificaciones; así, en síntesis, en los capítulos 2.6 (revestimientos y falsos techos), 2.7 (solados y alicatados), 2.8 (carpintería y vidrio), 2.9 (electricidad y climatización) y 2.10 (resto de capítulos), de dicha liquidación, hay ciertas variaciones en cuanto a las causas que motivan las alteraciones en la obra que se dice realmente ejecutada, frente a lo previsto en el referido documento de 2011, y se recoge la ejecución de nuevas unidades de obra con sus correspondientes precios, o, en ciertos casos, la modificación de algún precio de las unidades que se previeron en aquel documento (en todos estos casos, los nuevos precios fijados en la liquidación se califican como *"contradictorios"*, aun cuando no consta que hubieran sido sometidos previamente a la consideración del contratista); asimismo, si se comparan los cuadros de cantidades por capítulos constructivos de ambos documentos, se advierten variaciones entre las expresadas en el documento de marzo de 2011 y el de enero de 2012, en unos capítulos porque en el segundo de los citados aparecen incrementos respecto de las cantidades previstas en el primero de tales documentos, y en otros capítulos se advierten reducciones o la total eliminación de cantidades. El último documento concluye expresando que la liquidación de las obras realmente ejecutadas a fecha de 12 de enero de 2012 asciende a 6.199.192,76 euros, conforme se desglosa en los dos anexos que acompaña, relativos a la medición realizada y a la valoración de las obras según los precios expresados en dicho documento. En éste, al igual que en el informe de los mismos Directores Facultativos reseñado en el Antecedente Séptimo, tampoco se concretan ni se valoran las obras que han quedado pendientes de ejecutar.

**DUODÉCIMO.-** El 22 de febrero de 2012 se levanta acta, denominada de *"suspensión y medición"* de las obras, en la que se da testimonio de la reunión mantenida ese día en el Ayuntamiento entre los representantes de éste, la contratista y la Dirección Facultativa de la obra. Acta suscrita por todos los intervinientes y en la que se consigna, en síntesis: a) *"a los efectos de posibilitar materialmente la medición de la obra, se levanta acta de la paralización de las mismas"*; b) se entrega a la contratista el documento de liquidación provisional de enero de 2012, otorgándosele un plazo de 10 días hábiles para la presentación de alegaciones; c) el Ayuntamiento le comunica que debe hacerse cargo del mantenimiento y conservación de las obras y adoptar las medidas de seguridad y salud necesarias hasta que finalice el expediente de resolución contractual; d) la contratista manifiesta que, dada su situación, debe ratificarse su actuación por el administrador concursal, y que su postura sobre el contrato fue

expresada en el escrito presentado al Ayuntamiento el 22 de diciembre de 2011, sin perjuicio de la presentación de posteriores alegaciones.

**DECIMOTERCERO.-** El 2 de marzo de 2012 la contratista presenta un escrito en el que, en síntesis, formula las siguientes alegaciones: a) que el retraso en la ejecución de la obra no le es imputable, pues no tiene la culpa de que se haya agotado su presupuesto sin que aquélla haya finalizado, siendo posible que antes de la cesión del contrato existiese desfase entre la obra ejecutada y lo certificado a favor de la anterior contratista; b) que la Dirección Facultativa ha ido introduciendo progresivamente nuevas unidades de obra no previstas en el proyecto inicial y que suponían un importante incremento del coste; c) que se han producido imprevistos durante la ejecución, como han reconocido todas las partes; d) que la ejecución discurrió con normalidad hasta enero de 2011, fecha de la última certificación, que aún no ha sido aprobada por el Ayuntamiento, según parece, porque con ella se acaba el presupuesto de la obra y, sin embargo, no está terminada, y no se garantiza al contratista el cobro de su trabajo; e) que en marzo de 2011 se suscribió con la Dirección Facultativa un documento en el que se especificaba que aparecieron una serie de contratiempos en la obra que obligaban a realizar variaciones en ella respecto al proyecto contratado, detallando los imprevistos y el modo en que afectaban al presupuesto final, lo que daba lugar a un presupuesto de contrata de 6.809.276,28 euros, es decir, a un incremento de 617.977,37 euros sobre el inicial; documento que se entregó a la Comunidad Autónoma para conseguir la financiación adicional; f) que, sin embargo, en el documento de enero de 2012, la Dirección Facultativa reconoce los imprevistos surgidos durante la ejecución y las modificaciones realizadas sobre el proyecto inicial y, sin embargo, ahora considera que el resultado final sobre el presupuesto de tal proyecto es un incremento de sólo 7.893,85 euros, y que en dicho documento *"desaparecen valoraciones de obra ejecutada hasta llegar a cero"*, por lo que la empresa muestra su total disconformidad con el mismo, por no ajustarse a la realidad del estado actual de la obra; g) que la empresa ha actuado siempre de buena fe, siguiendo las directrices de la Dirección Facultativa. Termina expresando que si la intención del Ayuntamiento es que cedan la obra, la empresa está dispuesta a *"una cesión del contrato que implique el cobro de lo que nos es debido"*.

**DECIMOCUARTO.-** Trasladadas las anteriores alegaciones a la Dirección Facultativa para la emisión de informe, el 9 de marzo de 2012 formula escrito en el que, en síntesis, se ratifica en su informe de febrero (sic, debe decir enero) de 2012 y añade que su actuación *"no ha sido otra que aquélla en la que, obligados por el desarrollo de la obra, se han adaptado las características y calidades de los materiales y su disposición a las condiciones económicas del proyecto, para facilitar la correcta ejecución del mismo"*, sin que *"en ningún momento su actuación hubiera producido ningún tipo de aumento de presupuesto y ni muchísimo menos"* que hubiera producido retrasos en la ejecución de las obras; por lo que se refiere a la *"Memoria justificativa"* de marzo de 2011, expresa que la misma, con el incremento de presupuesto que allí se consignaba, estaba referida *"única y exclusivamente al estado económico de la obra una vez finalizada, detalle que se expresa con claridad en la página nº 2 de esta Memoria Justificativa"*, mientras que en el documento de febrero (sic, debe decir, enero) de 2012 *"se hace referencia al estado actual de la obra única y exclusivamente, y de ahí se deduce la diferencia que, descontextualizando, la Empresa Contratista pretende adjudicarse"*.

**DECIMOQUINTO.-** Obra seguidamente en el expediente copia del referido documento de marzo de 2011, cuyo contenido se reseñó en el Antecedente Cuarto para una mejor sistemática.

**DECIMOSEXTO.-** El 16 de marzo de 2012, la Secretaria Accidental del Ayuntamiento levanta acta del resultado de la inspección de las obras realizada ese día por representantes municipales y la Dirección Facultativa, en la que se hace constar que en las obras no se encuentra vigilancia ni personal de seguridad, y que el vallado no reúne las condiciones deseables para su efectivo cometido, siendo fácilmente accesible.

**DECIMOSÉPTIMO.-** El 9 de abril de 2012, el Asesor Jurídico del Ayuntamiento emite informe en el que expresa

que, vistos los informes emitidos por la Dirección Facultativa, *"queda acreditado que la empresa adjudicataria ha incumplido los plazos de ejecución de la obra contratada, que debió finalizarse en febrero de 2011, y que dicho retraso es imputable únicamente al contratista, quedando desvirtuadas las alegaciones presentadas"* por éste; añade que la resolución del contrato por causa imputable al contratista conlleva la incautación de la garantía, conforme a lo establecido en el artículo 113 TRLCAP, por lo que tampoco pueden estimarse las alegaciones de la entidad avalista en este punto; asimismo, señala que una vez resuelto el contrato deberá procederse a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes, con citación del contratista para su asistencia al acto de comprobación y medición.

**DECIMOCTAVO.-** El mismo día citado, la Concejala Delegada de Hacienda formula propuesta de resolución, a elevar a la Junta de Gobierno Local, en la que, acogiendo lo expresado en el anterior informe, propone, entre otros aspectos, acordar la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista en la demora en los plazos de ejecución del contrato, y la incautación de la garantía prestada por éste, de conformidad con lo establecido en los artículos 111, e) y h), en relación con el 71.2.d), y 113.4 TRLCAP; asimismo, en dicho acto se acuerda *"hasta tanto no se proceda a la resolución definitiva del presente expediente, el mantenimiento de actuaciones de seguridad y salud laboral de la obra y frente a terceros, así como las medidas de mantenimiento y conservación de la obra, según las directrices establecidas por la Dirección Facultativa"*. Dicha propuesta fue notificada a la contratista, entidad avalista y Dirección Facultativa otorgándoles un plazo de diez días para la formulación de alegaciones.

**DECIMONOVENO.-** El 26 de abril de 2012, la entidad avalista presentó escrito en el que, en síntesis, formula las siguientes alegaciones: a) se adhiere a las formuladas por la contratista en sus previos escritos; b) el Ayuntamiento en ningún momento ha detallado el estado de las obras, pues no se ha realizado el trámite de medición y comprobación, pudiendo resultar un saldo favorable al contratista, en cuyo caso no existiría culpabilidad alguna por parte de ésta; c) habiéndose declarado a la contratista en concurso de acreedores, no procede la incautación de la garantía, conforme con lo establecido tanto en el TRLCAP como en la LCSP, procediendo a lo sumo, en caso de resolución del contrato, que se retenga la garantía hasta que se produzca la calificación judicial sobre la culpabilidad o no del concurso, según han obrado otras Administraciones Públicas en casos de resolución de contratos administrativos por declaración concursal del contratista, según copia de dos resoluciones administrativas que acompaña; d) solicita una *"tasación pericial contradictoria"* para la medición y comprobación de las obras.

**VIGÉSIMO.-** El 7 de mayo de 2012, el Interventor municipal emite informe en el que, en síntesis, expresa lo siguiente: a) a la vista de los informes emitidos, procede la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista del plazo de ejecución, lo que determina la incautación de la garantía, en virtud del TRLCAP, norma aplicable al contrato; b) se ha procedido a la medición y comprobación de la obra con citación de los interesados, dando lugar a un saldo a favor del contratista de 7.893,85 euros, según la liquidación provisional de enero de 2012, cantidad que deberá serle reconocida al contratista en su momento, previa certificación de la Dirección Facultativa, ya por estar incluida la correspondiente obra en el proyecto aprobado, ya como exceso de obra ejecutada fuera de proyecto, para evitar un enriquecimiento injusto por parte de la Administración, según jurisprudencia que cita.

**VIGESIMOPRIMERO.-** El 7 de mayo de 2012, el Asesor Jurídico del Ayuntamiento emite informe en el que, en síntesis, ratifica lo expresado en los anteriores informes y añade que procede resolver el contrato por causa del incumplimiento culpable del contratista del plazo de ejecución, y no por la declaración concursal del mismo, debido a que la primera causa de resolución es anterior en el tiempo a la segunda, pues, según los citados informes, la obra debió terminarse en febrero de 2011, y la declaración concursal se publicó en el BOE el 19 de octubre de 2011 (del Auto judicial de 7 de octubre anterior, según el informe del Interventor municipal), procediendo la incautación de la garantía conforme al artículo 113 TRLCAP, aplicable al contrato según la Disposición Transitoria Primera de la LCSP. Además, el informe considera que, al existir oposición a la resolución del contrato por la

causa invocada por el Ayuntamiento, procede someter el expediente a consulta preceptiva del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, con suspensión, por ello, del plazo legal para dictar y notificar la resolución del procedimiento, al amparo de lo establecido en el artículo 42.5, c) de la Ley 30/1992, de 26 de octubre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

**VIGESIMOSEGUNDO.-** El 8 de mayo de 2012, y a propuesta de la Concejal Delegada de Contratación, la Junta de Gobierno Local, acogiendo lo expresado en el anterior informe, acuerda someter el expediente a consulta preceptiva del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, con suspensión por dicha causa del plazo legal para dictar y notificar la resolución del procedimiento.

**VIGESIMOTERCERO.-** Remitido en su día el expediente a este Consejo Jurídico para la emisión de su preceptivo Dictamen, acompañando su extracto e índice reglamentarios, el Ayuntamiento lo completó posteriormente, remitiendo escrito presentado por la contratista el 10 de mayo de 2012, en el que, en síntesis, se ratifica en sus alegaciones ya presentadas (vid. Antecedente Decimotercero) en el sentido de no serle imputable el retraso en la ejecución de las obras; y, frente a lo expresado por la Dirección Facultativa en su último informe (vid. Antecedente Decimocuarto), alega que si la última certificación emitida fue en enero de 2011, por no existir más presupuesto, cómo puede explicar dicha Dirección que *"en ningún momento se haya incrementado el coste del proyecto"* y, sin embargo, se haya agotado su presupuesto sin que la obra esté finalizada; insiste en que en el documento de marzo de 2011, suscrito por las partes, se reflejaron imprevistos y modificaciones en las obras que daban lugar a un incremento de 617.977,37 euros, reiterando su disconformidad con el documento de la Dirección Facultativa de enero de 2012.

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 un procedimiento de resolución de un contrato administrativo en el que se ha formulado oposición del contratista, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 109.1,d) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCAP), y 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

### SEGUNDA.- Procedimiento.

I. A la vista de lo establecido en el citado artículo 109.1,d) RCAP, no cabe formular objeción sustancial a la tramitación realizada en lo que se refiere a la pretensión municipal de resolver el contrato administrativo de referencia, que se rige por el TRLCAP y el RCAP, vista la fecha de iniciación del expediente de contratación y la Disposición Transitoria Primera LCSP. Ello sin perjuicio de lo que posteriormente se dirá sobre la falta de la adecuada y completa motivación de los informes emitidos, especialmente los de la Dirección Facultativa de las obras, lo que tendrá su repercusión en el análisis del fondo de las cuestiones planteadas.

II. Por lo que se refiere al plazo máximo de tres meses para dictar y notificar la resolución del procedimiento, iniciado éste mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 14 de febrero de 2012 (Antecedente Octavo), dicho plazo quedó suspendido mediante acuerdo de la Junta de 8 de mayo siguiente, es decir, sólo seis días antes de su finalización (Antecedente Vigésimosegundo), y se reanuda cuando el órgano consultante reciba el presente Dictamen, conforme con el artículo 42.5, c) LPAC.

El hecho de que, en atención a la jurisprudencia del Tribunal Supremo consolidada a partir de 2008, esta clase de procedimientos sean susceptibles de caducidad (Dictámenes de este Consejo Jurídico nº 90, 96 y 181 de 2009, entre otros), obliga al órgano competente a dictar y notificar la resolución procedente antes del transcurso del correspondiente plazo. Y ello aun en la hipótesis de que, llegada tal fecha, no fuera posible dictar y notificar conjuntamente el acuerdo de resolución del contrato y el acto aprobatorio de su liquidación, como prevé el artículo 172.3 RCAP (aprobado antes de la consolidación de la antedicha jurisprudencia). En este sentido, la esencial finalidad de la normativa contractual, según se desprende de lo establecido en la STS, Sala 3ª, de 9 de enero de 2012, es evitar la notificación de la liquidación después de que las obras vayan a ser continuadas por otro contratista, por *"la dificultad que entrañaría a posteriori determinar quién ha realizado las obras"*; finalidad que, por cierto, también late en el actual artículo 239.5 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LCSP. De ahí que lo establecido en el citado precepto reglamentario no haya de considerarse como una exigencia absoluta que, de no cumplirse, invalidara el eventual acuerdo resolutorio del contrato, o del posterior acuerdo de liquidación de éste. Ello conviene advertirlo a la vista de las actuaciones que proceden en orden a la liquidación del contrato de referencia, conforme a lo que se expondrá en la posterior Consideración Cuarta.

**TERCERA.-** Sobre la resolución del contrato y las causas alegadas a tal efecto por las partes.

I. La propuesta de resolución objeto de Dictamen expresa que en el presente expediente se advierten dos causas de resolución del contrato de referencia:

A) Por una parte, el incumplimiento del contratista del plazo final de ejecución de la obra (art. 111, e) TRLCAP), remitiéndose al informe de la Dirección Facultativa de 30 de enero de 2012 (Antecedente Séptimo), donde se indica que, formalizada con la contratista el 15 de marzo de 2010 un acta de reinicio de las obras (tras resultar cesionaria del contrato) y fijándose allí un plazo de 11 meses para ejecutar las que en tal fecha quedaban pendientes (es decir, con finalización del plazo contractual el 15 de febrero de 2011), a la fecha de tal informe *"se ha producido un retraso del plazo de ejecución de once meses"*; retraso que la propuesta considera imputable a la contratista porque, frente a lo alegado por ésta en relación con la aparición de imprevistos y la necesaria introducción de modificaciones en las obras mediante la elaboración de un documento en marzo de 2011 y su remisión a la Administración regional para obtener la correspondiente financiación (se supone que por la cantidad adicional derivada de tales modificaciones), se acoge lo manifestado por la Dirección Facultativa en su posterior informe de 9 de marzo de 2012 (Antecedente Decimocuarto) en el sentido de que su actuación *"no ha sido otra que aquélla en la que, obligados por el desarrollo de la obra, se han adaptado las características y calidades de los materiales y su disposición a las condiciones económicas del proyecto, para facilitar la correcta ejecución del mismo"*, añadiendo que en ningún momento su actuación haya producido *"ningún tipo de aumento de presupuesto y ni muchísimo menos"* que hubiera producido retrasos en la ejecución de las obras.

B) En segundo lugar, la propuesta advierte la existencia de causa de resolución por la declaración de concurso de acreedores de la contratista (art. 111, b) TRLCAP), realizada por Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia de 7 de octubre de 2011.

Ante tal circunstancia, la propuesta considera de preferente aplicación la primera causa resolutoria, por razones cronológicas (el incumplimiento culpable del plazo se habría producido en febrero de 2011, frente a la declaración concursal, de octubre de dicho año), con la consecuencia de proceder la incautación de la garantía prestada (art. 113.4 TRLCAP) y la incoación, una vez fuera firme el acuerdo de resolución contractual culpable del contratista, de un procedimiento para la declaración de su prohibición de contratar con la Administración, en los términos de los artículos 20,c ) TRLCAP y 18.2 y 19 RCAP. A ello cabe añadir por nuestra parte que, en el caso de que el contrato se resolviera por la declaración de concurso del contratista, procedería la mera retención de la garantía hasta que se produjera la calificación del concurso de acreedores, acordándose la pérdida de aquélla sólo en el caso de que el concurso hubiera sido judicialmente declarado culpable o fraudulento (art. 111 RCAP en relación con el 44 TRLCAP).

Con carácter previo, ha de partirse del hecho de que, como tiene reiterado la jurisprudencia, cuando en un procedimiento como el que nos ocupa se advierten dos causas de resolución con potenciales efectos económicos distintos, como sería el caso, debe aplicarse preferentemente la causa que se hubiera producido primero en el tiempo (vgr., STS, Sala 3ª, de 9 de enero de 2012, de entre las más recientes). Ello determina la necesidad de analizar si concurre, y en su caso, preferentemente, el incumplimiento del plazo de ejecución del contrato; y, en caso afirmativo, si el incumplimiento es por culpa del contratista. Además, en esta última hipótesis, debe tenerse en cuenta que la incautación de la garantía no sería en todo caso una consecuencia ineludible. En este sentido, por ejemplo, la STS, Sala 3ª, de 14 de junio de 2002, expresa que *"incluso en los casos en que puede afirmarse esa imputación del retraso al contratista, hay que tener en cuenta que, como dice la sentencia de 19 de mayo de 1998, "las consecuencias del incumplimiento deben ser fijadas conforme a los principios de equidad y de buena fe, que rige específicamente en materia de contratos (artículo 1.258 del Código Civil), buscando un equilibrio de los intereses en presencia en la solución del debate (sentencias de 10 de junio y 11 de noviembre de 1987 o de 10 de julio de 1990)", por lo que, ciertamente, si el incumplimiento es imputable al contratista deviene causa de resolución del contrato (artículo 53-1 de la LCE y 159 del Reglamento), pero no se debe dar lugar ni a pérdida de fianza ni a indemnización de daños y perjuicios a la Administración, cuando la culpa de la empresa contratista queda compensada por la propia culpa de la Administración contratante."*

II. A la vista de la documentación remitida a este Consejo Jurídico, en los informes municipales y de la Dirección Facultativa se advierte de una manera patente la falta de respuesta a todas las cuestiones que se plantean en el expediente, omitiéndose especialmente el debido y adecuado análisis sobre los hechos alegados por la contratista, lo que da lugar a la indeterminación de ciertos aspectos relevantes para el análisis del caso, existiendo no poca confusión en cuanto a la realidad de lo acontecido en la ejecución del contrato. A ello se une la falta de precisión o concreción que también se advierte en ciertas alegaciones del contratista.

Las manifiestas carencias en la motivación de los referidos informes conlleva importantes consecuencias sobre la respuesta que ha de darse, al menos con las actuaciones realizadas y trasladadas, a las pretensiones municipales contenidas en la propuesta de resolución objeto de Dictamen. Ello dificulta y condiciona el análisis del caso, sin perjuicio de la instrucción adicional que eventualmente pudiera acordarse a la vista de lo expresado en el presente Dictamen.

A todo ello se unen ciertas carencias en la documentación remitida, por cuanto en el expediente no obra la relativa a la modificación del proyecto y el contrato aprobada en 2009 con el primer contratista, ni el programa de las obras a partir de su reinicio el 15 de marzo de 2010 por parte de la nueva contratista, ni el acta levantada al efecto, ni las certificaciones mensuales emitidas (incluyendo las que, por importe de cero euros, han de expedirse cuando no se ejecute obra, en las que debe hacerse constar la razón de tal inexecución), ni la documentación relativa a la formalización, en su caso, de la *"paralización"* de las obras *"durante más de un año"* debida al cambio de contratista, según expresa la Dirección Facultativa en la liquidación de enero de 2012 (epígrafe 2.9, pag. 9, de su

memoria, folio 114 exp.); paralización, además, que, en principio, contrasta con el hecho de que en la escritura de cesión del contrato se haga referencia a certificaciones de la primera contratista correspondientes a septiembre y diciembre de 2009 y que la obra se reinicia, ya con la actual contratista, el 15 de marzo de 2010, según acta al efecto.

Partiendo de todo lo anterior, resulta ineludible comenzar destacando que, sorprendentemente, en el expediente no existe ninguna referencia de la Dirección Facultativa acerca de la obra que resta por ejecutar; en su informe reseñado en el Antecedente Séptimo, en el que se basa esencialmente la propuesta de resolución, se limita a expresar que *"al día de la fecha, 30 de enero de 2012, se ha producido un retraso del plazo de ejecución de once meses"* (partiendo dicha Dirección de que el plazo previsto en el acta de 15 de marzo de 2010, de reinicio de las obras, era de 11 meses para la ejecución de las pendientes a tal fecha); ello, unido a las manifestaciones de la contratista, no discutidas por la Dirección Facultativa ni el Ayuntamiento, en el sentido de que restan obras por ejecutar y de que tuvo que paralizar la obra en enero de 2011, fecha de la última certificación, no aprobada por aquél, al agotarse el presupuesto (Antecedente Decimotercero), parece sugerir que, efectivamente, aún restarían obras por realizar, a pesar de que ninguna de las partes concrete con claridad cuáles son, qué porcentaje suponen sobre el total, ni su importe previsto.

La cuestión se complica aún más en la medida en que, según lo afirmado por la Dirección Facultativa en el documento de liquidación provisional de enero de 2012, el precio de adjudicación del contrato (incluyendo el incremento dimanante de la única modificación formalmente aprobada por el Ayuntamiento en 2009), y con la sobrevenida modificación del IVA durante su ejecución (del 16 al 18%), asciende a 6.191.298,91 euros; y, sin embargo, según dicha liquidación provisional, a 12 de enero de 2012 se ha ejecutado obra por importe de 6.199.192,76 euros, es decir, que existe incluso un exceso de 7.893,85 euros sobre el referido precio de adjudicación. Si, con todo ello, se admite que resta obra por ejecutar, tal circunstancia sólo puede explicarse por la incidencia de obras que son, en parte, distintas, cuantitativa y/o cualitativamente, a las recogidas en el proyecto formalmente aprobado en su día, como se desprende de los documentos de la Dirección Facultativa a que se ha hecho referencia.

La referida indefinición de las obras pendientes de ejecución se trae a colación porque, a su vez, provoca una indefinición en el plazo de ejecución del contrato, que es lo relevante a los efectos que ahora interesan (independientemente, pues, de las discrepancias que se advierten sobre la liquidación de las obras ejecutadas, a ventilar en el correspondiente procedimiento, según luego se dirá). Así, en lo atinente al plazo de ejecución de las obras, se obvia el hecho de que en marzo de 2011, es decir, un mes después de finalizar, en principio, el plazo contractual, se aprueba entre Dirección Facultativa y contratista un documento elaborado por la primera en el que se reconoce la aparición de imprevistos que obligan a introducir modificaciones *"que incorporan variaciones importantes sobre el contrato inicial"*; así, por ejemplo, en movimientos de tierras se reconoce *"un incremento muy sustancial en las mediciones de las partidas realmente ejecutadas"*; en cimentación y muros de contención se produce un *"incremento económico bastante importante"*; se reconoce también un *"importante incremento en el acero usado en la estructura"* y se prevén nuevas partidas en electricidad y climatización, asimismo con un incremento presupuestario importante; incrementos que se ven minorados por la supresión o modificación de otras unidades de obra, para arrojar finalmente una previsión de incremento del 9,98% sobre el precio del contrato. A pesar de que tal documento se denominaba de *"liquidación provisional"* de las obras (es decir, de un documento que refleja exclusivamente las obras ya realizadas), de las posteriores manifestaciones de la Dirección Facultativa contenidas en el informe reseñado en el Antecedente Decimocuarto y de lo expresado por el contratista, no negado por aquélla ni por el Ayuntamiento, se desprende que era un documento para integrar un formal proyecto de modificación que, según se deduce, se tramitaría y aprobaría por el Ayuntamiento si se hubiera obtenido de la Comunidad Autónoma la financiación adicional que comportaba (lo que, según parece, no se obtuvo); proyecto sobre el que dicha Dirección Facultativa manifiesta, frente a lo alegado por la contratista en orden a que fue ejecutado en los términos en él previstos, que ello no fue así, y que las obras realmente ejecutadas son las recogidas en la liquidación de enero de 2012. Sin perjuicio de la apuntada discrepancia en orden a las obras realmente ejecutadas y su valoración, a ventilar en la fase de liquidación de las obras, de los referidos documentos técnicos de marzo de 2011 y enero de 2012 se desprende con claridad que la Dirección Facultativa fue ordenando

al contratista la introducción de no pocas modificaciones, tanto cuantitativa (exceso de obra) como cualitativamente (nuevas unidades de obra), primero sobre el proyecto formalmente aprobado en su día y, después, sobre el elaborado y no aprobado en marzo de 2011 (en este segundo caso debido posiblemente, además de a las causas técnicas indicadas en el documento de liquidación, al hecho de no poder aprobarse tal proyecto de modificación, al carecerse de financiación para el gasto adicional que comportaba).

Aunque tales actuaciones se justifiquen, según la Dirección Facultativa, en dar solución a los imprevistos surgidos durante la ejecución de las obras y adecuarse a las condiciones económicas de las mismas, lo cierto es que ello supone un patente incumplimiento de las normas reguladoras de la introducción de modificaciones en los contratos administrativos; normas que, entre otras exigencias, imponen a la Administración la obligación de tramitar y aprobar formalmente el correspondiente proyecto de modificación de las obras y del contrato mismo, incluyendo la fijación de los nuevos plazos (parciales o, en todo caso, el final) que correspondan, según establece el artículo 162.2 RCAP, y ello a la vista de la elaboración del proyecto de modificación (negociación de precios contradictorios incluida) y la repercusión en la ejecución de las obras afectadas por la introducción de las modificaciones, especialmente si éstas, como en el caso, suponen, como reconoce la Dirección Facultativa, variaciones importantes cualitativa y cuantitativamente sobre las formalmente aprobadas; y ello por más que, al final, vistas las obras efectivamente ejecutadas, el importe de lo realmente ejecutado no experimentase una sustancial variación sobre el precio de adjudicación.

Por ello, puede avanzarse ya que no es posible aceptar que el contrato deba resolverse, como pretende la propuesta de resolución, por el hecho de que en febrero de 2011 finalizara el plazo contractual formalmente establecido y no se concluyeran entonces las obras, pues al mes siguiente la Dirección Facultativa elabora un proyecto comprensivo de una importante modificación de aquéllas (remitiéndolo o no a la Administración regional en solicitud de su financiación) y, en definitiva, ordena o permite dicha Dirección la ejecución de determinadas obras que son distintas tanto a las previstas en el proyecto formalmente aprobado y adjudicado en su día (es decir, en el contrato vigente) como a las recogidas en el proyecto elaborado en marzo de 2011 y no aprobado. Y, además, iniciando el Ayuntamiento el procedimiento de resolución contractual por retraso culpable de la contratista en la ejecución de la obra sin determinar qué clase y cantidad de obra resta por ejecutar y cuando la empresa ya ha sido declarada en concurso.

La situación planteada en nuestro caso no es, en su núcleo esencial, muy distinta a la recogida en el Dictamen nº 402/2008, de 29 de mayo, del Consejo de Estado, que debe tenerse en cuenta para dar respuesta a las cuestiones planteadas, y en el que expresivamente se señala lo siguiente:

*"Se plantea ciertamente aquí un problema que, solventado en muchas ocasiones como consecuencia de la aprobación de modificados de los proyectos y subsiguientes novaciones contractuales, no lo ha sido en éste. Se presenta aquí con toda crudeza el conjunto de problemas que suscita el hecho de acabar no aprobándose el modificado cuando mientras tanto se ha actuado bajo el simple entendimiento entre el contratista y la dirección facultativa (...). La verdadera cuestión no está en los eventuales incumplimientos puntuales en que el contratista haya podido incurrir (y que en parte parecen buscados para justificar un modo de dar solución al conflicto mediante la resolución contractual por causa imputable al mismo), sino en el hecho de que se han acometido las obras en el entendimiento de que acabaría aprobándose un reformado del proyecto que, sin embargo, no tuvo finalmente lugar. (...)*

*Es desde luego claro, desde el punto de vista formal, que el contratista no debió ejecutar obras (aunque no hubieran estado suspendidas) que no se ajustaran al proyecto contratado. Se operó sin embargo de manera negociada, sobre todo con una dirección facultativa cuyos actos no fueron desde luego ajustados a las mínimas normas que rigen el funcionamiento de la Administración; esta forma de actuar no cabe cuando quien contrata es*

*Ello es algo que debe saber la Administración, pero también quien contrata con ella, pues, aparte eventuales acciones paralelas contra quien corresponda, no sería admisible que al final el régimen legal a que se someten las Administraciones pueda ser sencillamente obviado por sistema en la seguridad de que a la postre, aunque sea por vía de enriquecimiento injusto, el contratista acabará percibiendo el importe que pretende. (...) En otras palabras, quien desarrolla una actuación de este tipo al margen del contrato no puede después negarse a asumir los riesgos que le supone esa actuación; si la vía del pago por cauce de enriquecimiento injusto sirviera para solventar todas estas situaciones, se estaría desde luego fomentando el incumplimiento de las más esenciales reglas jurídicas a que están indefectiblemente sometidas las Administraciones.*

*Sirve todo ello para negar la existencia de la causa de resolución contractual imputable a la Administración que esgrime el contratista, consistente en que la Administración ha incumplido su obligación de abonarle la obra efectivamente realizada; procederá o no ese pago por un cauce distinto al del contrato pactado, pero lo que desde luego el contratista no puede pretender es oponer a la Administración su acción de cobro como si el derecho a percibir el importe de las obras realizadas fuera un derecho suyo claro e incontrastable. Es claro que el contratista mantuvo en este caso una relación con la dirección facultativa bien alejada de toda formalidad jurídica. (...)*

*Pero no ha sido por otra parte la Administración precisamente cumplidora de sus obligaciones, pues debió sin duda impedir la iniciación, y desde luego el mantenimiento sostenido, de tan palmaria ilegalidad. (...) De hecho, no fue sino hasta septiembre de 2007 cuando por fin se decidió tomar el camino de resolver el contrato, habiendo mantenido así una situación largamente latente para la que tampoco se encuentra explicación sólida. Ni respondió debidamente la Administración a las reclamaciones del contratista..."*

III. Lo anterior da pie para realizar las siguientes consideraciones, a tener en cuenta en el caso que nos ocupa:

A) Si la obra que restara por ejecutar no estuviera comprendida en el proyecto objeto de formal adjudicación y contratación en su día, o en la modificación aprobada por el Ayuntamiento en 2009, resultaría, a sensu contrario, que se habría ejecutado toda la obra prevista en los documentos que legal y formalmente definen el objeto del contrato, por lo que, en rigor, éste se habría cumplido, no procediendo entonces su resolución, sino realizar directamente la liquidación de las obras realmente ejecutadas que sean útiles para la Administración, aun ejecutadas al margen de los proyectos formalmente aprobados.

B) Si, por el contrario, restara obra por ejecutar de la comprendida en los proyectos formalmente aprobados por el Ayuntamiento, procedería la resolución del contrato por causa de la declaración concursal del contratista, pero no por incumplimiento culpable del plazo de ejecución.

En efecto, dado que el contratista alega (Antecedente Decimotercero) y no ha sido negado por la Administración, que en enero de 2011 (es decir, un mes antes de que finalizara el plazo contractual según quedó definido en el acta de reinicio de las obras de marzo de 2010) ejecutó obras que suponían prácticamente el agotamiento del precio del contrato, ello implica presumir que, al menos formalmente, habría cumplido con el objeto del contrato tal y como éste estaba definido en los proyectos debidamente aprobados. Cuestión distinta es que en su día se hubieran introducido de facto importantes modificaciones en el contrato, al margen de su mayor o menor repercusión económica. Esta actuación irregular, sin la debida tramitación ni aprobación del correspondiente

proyecto y reajuste de los términos del contrato, impide que éste pueda resolverse por retraso en la ejecución por culpa del contratista. Parece claro que tras la suscripción del documento de marzo de 2011 se siguieron realizando obras sin oposición de la Dirección Facultativa ni de la Administración, sin que se pueda saber si correspondían exclusivamente al proyecto formalmente aprobado o a las modificaciones irregulares a que antes se ha hecho referencia; probablemente se ejecutaran obras de una y otra clase, pero, como se dice, no hay explicación alguna al respecto por parte de la Dirección Facultativa. Lo relevante aquí, en todo caso, es que las vicisitudes acaecidas en la definición y ejecución de las obras implica la existencia de una prórroga tácita del plazo contractual. Ello, unido a la irregular actuación de la Dirección Facultativa y a la falta de la debida intervención del Ayuntamiento en el seguimiento y control formal del contrato, impiden estimar la pretensión de resolver el contrato por incumplimiento del plazo de ejecución imputable al contratista.

A partir de lo anterior, lo cierto es que en octubre de 2011 la contratista es declarada en concurso de acreedores (dos meses antes de la confesada paralización de las obras que, según manifestó, estaba ejecutando ya fuera del presupuesto formalmente aprobado), por lo que, a la vista de la documentación remitida y de las circunstancias concurrentes en el caso, sólo procedería resolver el contrato por la existencia de la indicada situación concursal, en los términos establecidos en el artículo 111,b) y 112.7 TRLCAP. En tal caso, procederá asimismo acordar la retención de la garantía hasta que se resuelva judicialmente sobre la culpabilidad o no del concurso, conforme a lo expresado en su momento en este Dictamen.

#### **CUARTA.- La liquidación del contrato.**

Sin perjuicio de lo que constituye el objeto del preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, que es la procedencia o no de la resolución del contrato y el necesario pronunciamiento, en el acuerdo que se adopte al efecto, sobre el destino de la garantía prestada por el contratista (artículo 113.5 TRLCAP, en relación con el 44), a lo que se dio respuesta en la Consideración precedente, las actuaciones remitidas aconsejan realizar una consideración adicional sobre la liquidación provisional del contrato.

Así, el artículo 151.1 TRLCAP establece que *"la resolución"* del contrato (es decir, una vez acordada su extinción), *"dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas conforme a proyecto"* y, además, conforme con reiterada jurisprudencia, como la citada en el informe del Interventor municipal, también de las obras ejecutadas al margen del proyecto formalmente aprobado, pero ordenadas o permitidas por la Administración y que sean técnicamente de recibo, y ello para evitar un enriquecimiento injusto de aquélla. A tal efecto, el citado precepto ordena la citación del contratista para su asistencia al *"acto"* de comprobación y medición, acto que, por su propia naturaleza, ha de realizarse *"in situ"* en las obras. Ello sin perjuicio de que, previamente, las partes se hubieran comunicado documentos preliminares al respecto para facilitar tales operaciones; y, desde luego, si, como en el caso, la contratista plantea ya de inicio una discrepancia entre el documento de comprobación y medición elaborado por la Dirección Facultativa que le fue facilitado en su día, resulta ineludible proceder a la citación de las partes en la obra para que, acompañados de los técnicos que estimen oportunos, se pueda levantar acta de la comprobación y medición allí realizada, recogiendo las observaciones u objeciones que se efectúen al respecto por la contratista (lo que puede instrumentarse, a efectos prácticos, partiendo del documento preparado por la Dirección Facultativa, u otro al efecto).

Tras el levantamiento de la correspondiente acta del acto material de medición y comprobación de las obras, debe formularse propuesta de liquidación del contrato, otorgando audiencia al contratista y acordando, en su caso, la realización de las actuaciones adicionales que procedan. La resolución aprobatoria de la liquidación por parte del órgano de contratación deberá notificarse al contratista, en todo caso, antes de que las obras que restaren por ejecutar fueran continuadas por otra empresa o por la propia Administración, en su caso, para evitar así la posible dificultad o confusión que resultaría si hubiera que determinar *"a posteriori"* la autoría de unas u otras obras.

Quiere decirse con ello, en fin, que las actuaciones realizadas en el expediente remitido tendentes a la liquidación provisional de las obras han de considerarse preliminares o preparatorias de la realización del acto material de medición, comprobación y valoración de las obras, y sin perjuicio de las actuaciones subsiguientes, lo que habrá de realizarse conforme con lo antes indicado.

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

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** En lo referente al plazo máximo para dictar y notificar la resolución del procedimiento objeto del presente Dictamen, ha de estarse a lo expresado en su Consideración Segunda, II.

**SEGUNDA.-** No ha de acordarse la resolución del contrato de referencia, sino proceder a su liquidación, si las obras que restaran por ejecutar no están comprendidas en el proyecto objeto de formal adjudicación y contratación en su día, o en la modificación aprobada por el Ayuntamiento en 2009, por las razones expresadas en la Consideración Tercera, III, A) del presente Dictamen.

**TERCERA.-** En el caso de que restara obra por ejecutar de la comprendida en los proyectos formalmente aprobados por el Ayuntamiento, a la vista de la instrucción realizada sólo procedería la resolución del contrato por causa de la declaración concursal del contratista, con retención de la garantía hasta que se resolviera judicialmente sobre la culpabilidad del concurso, no procediendo la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista del plazo de ejecución, por las razones expresadas en la Consideración Tercera, III, B) del presente Dictamen.

**CUARTA.-** En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, en cuanto propone la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista de su plazo de ejecución, se dictamina desfavorablemente.

**QUINTA.-** En todo caso, en la liquidación del contrato habrá de tenerse en cuenta lo expresado en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

No obstante, V.S. resolverá.