



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen **187/2012**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 2 de agosto 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 Blanca, mediante oficios registrados los días 22 de junio y 11 de julio de 2012, sobre resolución del contrato de obras de "Ampliación del Instituto de Educación Secundaria de Blanca", adjudicado a la empresa -- (expte. **203/12**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Blanca, en su sesión de 15 de octubre de 2010, acordó adjudicar el contrato de "Ampliación del Instituto de Educación Secundaria de Blanca" a la mercantil -- (en lo sucesivo la contratista) por el precio de 455.201,86 euros, más 81.936,19 euros correspondiente al IVA, por ser la empresa cuya oferta era la más ventajosa según los criterios de adjudicación.

El contrato administrativo de obras se formalizó el 24 de noviembre de 2010 entre el Alcalde x, en representación del Ayuntamiento de Blanca, y x, en representación de la contratista, sujeto al Pliego de Cláusulas Económico-Administrativas (PCAP) que rige dicha contratación, estableciéndose en la estipulación tercera del contrato que el plazo de ejecución de las obras sería de 2 meses, contados a partir del día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo, que tuvo lugar el mismo día 24.

Consta que el órgano de contratación aprobó la certificación núm.1 de las obras por acopio de materiales el 25 de noviembre de 2010, por importe de 50.000 euros, ordenando su pago a la contratista.

SEGUNDO.- La Dirección Facultativa de las obras emite un informe el 10 de abril de 2012, en el que expone que las restantes actuaciones están pendientes de ejecución, habiéndose paralizado las obras, por lo que se está procediendo a un incumplimiento flagrante por parte de la contratista consistente en la demora de la ejecución del contrato (más de un año), puesto que las obras debían haber finalizado el 25/1/2011. A la fecha de la emisión del informe, las obras se encuentran completamente paralizadas y abandonadas, según exponen los facultativos, siendo imputable a la contratista el incumplimiento contractual, constitutivo de una causa de resolución contractual al amparo de lo previsto en el PCAP. También expresa que con anterioridad se habían impuesto a la contratista penalidades por el retraso, en una cuantía de 22.780,054, haciéndose efectivas sobre la garantía definitiva prestada, conforme al acuerdo de 8 de septiembre de 2011 de la Junta de Gobierno Local, que resolvía el expediente sancionador.

Finalmente, la Dirección Facultativa expresa que respecto a los acopios de materiales, correspondientes a la certificación núm.1 por valor de 50.000 euros, se desconoce el estado o situación actual de los mismos, no encontrándose en la ubicación de las obras, considerándose que en el caso de resolver el contrato se podría producir un daño o perjuicio a la Administración Local en idéntica cuantía a la certificación emitida, al no existir en el momento actual seguridad en la recepción de los mismos.

TERCERO.- La Interventora Municipal emite un informe el 12 de abril de 2012, en el que manifiesta que en el caso de la resolución del contrato, en aplicación de lo previsto en los artículos 206,d), en relación con el 208, ambos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), la adjudicataria deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados, debiendo dejarse expresa constancia en el acto administrativo de resolución el pronunciamiento sobre la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía. No obstante, hace constar lo siguiente:

1º. Como consecuencia de las penalidades impuestas a la contratista por el retraso en la ejecución de las obras, se acordó la incautación íntegra de la garantía prestada en forma de seguro de caución.

2º. Que en base al informe de la Dirección Facultativa se han producido unos daños y perjuicios de 50.000 euros, al haber desaparecido los acopios de materiales correspondientes a la única certificación emitida.

3º. Que en el caso de resolverse por causas imputables a la contratista, no es posible incautar la garantía al haberse procedido ya, debiendo requerirse el abono de los 50.000 euros.

4º. La contratista ha incurrido en concurso de acreedores, desconociéndose la fase procesal en la que se encuentra el procedimiento judicial, pero concurriendo otra causa de resolución contractual.

CUARTO.- En la misma fecha el Secretario de la Corporación Municipal emite otro informe, señalando que concurre la causa de resolución del contrato imputable a la contratista prevista en el artículo 206,d) LCSP, que constituye la normativa aplicable, señalando los trámites que proceden para su resolución y los efectos de la misma.

QUINTO.- A propuesta de la Alcaldía, la Junta de Gobierno Local, en su sesión de 20 de abril de 2012, acuerda iniciar el procedimiento de resolución contractual por demora en el cumplimiento de los plazos por parte de la contratista (artículo 206,d LCSP) fundamentado en los informes previos emitidos, así como la fijación de daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento en la cuantía de 50.000 euros, acordando el otorgamiento de un trámite de audiencia a la contratista.

SEXTO.- La contratista presenta escrito de alegaciones de 13 de mayo de 2012, expresando que el retraso en la ejecución de las obras se ha producido por causas no imputables a la mercantil, debido a la insolvencia actual que le ha obligado a solicitar del Juzgado de lo Mercantil de Murcia la declaración de concurso de acreedores, si bien se trata de una situación coyuntural por distintas circunstancias de índole económica y generalizada en el sector

de la construcción, como expuso en el escrito que se presentó el 20 de septiembre de 2011, según refiere. Continúa señalando que el día 19 de octubre siguiente se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el Auto de declaración de concurso voluntario de acreedores del día 7 del mismo mes, manifestando que se adjunta copia, si bien no consta en el expediente remitido.

Por lo demás, se hace referencia al expediente sancionador que impuso las penalidades (que no es objeto del presente procedimiento) y a que no se la ha dado traslado de los informes que sustentan la iniciación del procedimiento de resolución contractual, sosteniendo indefensión, finalizando con la solicitud de que se sobresean y archiven las actuaciones.

SÉPTIMO.- Dichas alegaciones fueron objeto de estudio y valoración por el informe del Secretario General de la Corporación de 6 de junio de 2012, destacándose de sus consideraciones la referencia a que la situación económica de la mercantil es muy posterior a las fechas en las que se produjo la dejación en la ejecución de las obras, puesto que éstas debían estar terminadas el 25 de enero de 2011. Además, expone que dicha situación no impidió que la mercantil se presentara a un procedimiento abierto posterior (BORM de fecha 2 de julio de 2011), entendiéndose que concurrían los requisitos económicos financieros necesarios para ejecutar las obras. Tampoco ha hecho uso la mercantil de la posibilidad de solicitar una prórroga conforme al artículo 197.2 LCSP. Añade que no dispone de documentación necesaria para determinar si también concurre como causa de resolución del contrato el concurso de acreedores ex artículo 206,b) LCSP, si bien considera que en el momento actual es indiferente aplicar una u otra (demora en la ejecución o concurso de acreedores), puesto que los efectos son análogos en atención a la normativa aplicable al presente contrato y a que no es posible acordar la pérdida de la garantía dado que ya se había incautado por la imposición de penalidades. También rechaza el alegato de indefensión, puesto que la contratista tiene a su disposición el expediente para consultar los informes que lo integran y que el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 20 de abril de 2012, que fue notificado a la adjudicataria, reproduce los fundamentos técnicos de la resolución propuesta.

OCTAVO.- Solicitado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, por Acuerdo núm. 14/2012, de 27 de junio, se solicitó al Ayuntamiento de Blanca que completara la documentación remitida con el expediente de contratación sobre el que versa el presente procedimiento de resolución, así como con la propuesta de la Alcaldía que se somete a Dictamen de este Órgano Consultivo, con la advertencia añadida sobre los efectos del transcurso del plazo para la resolución y notificación del procedimiento de resolución contractual.

NOVENO.- Con fecha 9 de julio de 2012 (registro de entrada en el Consejo Jurídico de 11 siguiente) se ha remitido la documentación solicitada, a la vez que se ha comunicado a la contratista la suspensión del plazo para resolver el procedimiento administrativo, mientras se evacue el Dictamen por el Consejo Jurídico de la Región de Murcia, de conformidad con lo previsto en el artículo 42.5,c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

En presencia de un procedimiento de resolución contractual al que se opone la contratista, la consulta está comprendida en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con lo dispuesto en el artículo 195.3, a) LCSP, hoy artículo 211.3,a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP en lo sucesivo).

SEGUNDA.- Normativa de aplicación y cuestiones procedimentales.

1. Dentro de las prerrogativas que ostenta el órgano de contratación (Junta de Gobierno Local por delegación de la Alcaldía) se encuentra la de acordar su resolución y determinar los efectos de ésta (artículo 194 LCSP, hoy 210 TRLCSP), lo que sustenta el presente procedimiento, siendo la normativa de aplicación la LCSP, conforme al PCAP (cláusula 33) y a la Disposición transitoria primera,2 TRLCSP.

Es precisamente el momento de la adjudicación del contrato el que determinará el régimen jurídico sustantivo aplicable en lo relativo a sus efectos, cumplimiento y extinción (Dictamen núm. 22/09 de este Consejo Jurídico), de conformidad con la redacción de la Disposición transitoria primera, 2 TRLCSP anteriormente citada, por lo que si en el supuesto sometido a consulta, la adjudicación se produjo por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 15 de octubre de 2010, es decir, con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, aplicando, *sensu contrario*, el segundo apartado de su Disposición transitoria primera, el contrato se regirá en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción por la citada Ley. También, en lo que no se oponga, por lo dispuesto en el RCAP (Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), citado también en la Cláusula 33 PCAP.

En consecuencia, el contrato formalizado el 24 de noviembre de 2010 ha de regirse en su cumplimiento, efectos y extinción por la LCSP, como señala el informe del Secretario General de la Corporación Local.

Por otra parte, como ha indicado este Consejo Jurídico en varios Dictámenes (por todos el núm. 66/12), de acuerdo con reiterada doctrina del Consejo de Estado (entre otros, Dictámenes números 1767/2005, 2315/2004, 2314/2004, 2382/2003, 142/2003, 8/2003, 1598/2002, 527/2000 y 3437/99), la determinación de la Ley aplicable al procedimiento de resolución del contrato y la competencia del órgano que debe acordarla se rige por criterios diferentes, distinguiendo a efectos de régimen transitorio entre aspectos materiales y procedimentales y aplicando a estos últimos la norma bajo cuya vigencia se inicia el procedimiento en cuestión. En el supuesto ahora sometido a consulta esta norma es el TRLCSP, toda vez que entró en vigor el 16 de diciembre de 2011, y el procedimiento de resolución contractual se inicia por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 20 de abril de 2012.

2. Procedimiento seguido.

El procedimiento ha seguido, en lo esencial, lo establecido por los artículos 211 TRLCSP y 109 RCAP, constando en el expediente el informe jurídico de la Corporación, la audiencia a la contratista, así como la propuesta de resolución. La solicitud del presente Dictamen persigue cumplimentar la preceptiva intervención de este Consejo en el procedimiento, una vez manifestada la oposición de la contratista.

En otro orden de ideas, no se sustentan los alegatos de la contratista de indefensión por defectos procedimentales, concretamente por la falta de notificación de los informes que apoyan la incoación del procedimiento de resolución contractual, en tanto:

1º) Inicialmente parece que el representante de la contratista refiere la indefensión al procedimiento sancionador en el que se le impuso penalidades, no siendo la finalidad de este procedimiento, que propone la resolución del contrato. Así parece desprenderse tal equívoco de su escrito de oposición cuando señala *"que consideramos que el procedimiento sancionador referenciado se han cometido irregularidades (...)"*; en otro apartado del mismo escrito también expresa *"igualmente no se ha remitido el informe de la Intervención municipal sobre determinados aspectos económicos del expediente esenciales en este procedimiento, ya que las penalidades impuestas (...)"*. Por tanto, se mezcla el procedimiento sancionador en los alegatos de indefensión, cuando, como se ha indicado, no es el objeto del presente procedimiento.

2º) El acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 20 de abril de 2012, por el que se incoa el procedimiento de resolución contractual, que fue notificado a la contratista, incluye los motivos que sustentan la concurrencia de la causa de resolución, recogiendo lo señalado por la Dirección Facultativa a este respecto. En cualquier caso, la contratista podría haber solicitado copia de la documentación existente en el procedimiento de resolución, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35,a) LPAC, sin que exista constancia de que hiciera uso de tal derecho. De otra parte, la adjudicataria reconoce que *"suponemos que este informe hace referencia al retraso en la ejecución de obras"*, si bien seguidamente expresa que no se concreta el retraso que se imputa, argumentación que no resulta convincente, en tanto tales manifestaciones proceden de la contratista, que se presume que conoce los términos del contrato que suscribió con el Ayuntamiento. Pero, además, el acuerdo de la Junta de Gobierno Local referenciado señala expresamente: *"por la Dirección facultativa se deja constancia de que se está procediendo a un incumplimiento flagrante de la contratista consistente en la demora en la ejecución del contrato, al haberse tenido que terminar las obras según lo anteriormente expuesto, el 25/1/2011. Las obras al día de hoy están completamente paralizadas y abandonadas. El plazo de ejecución se ha superado ampliamente (en más de un año) siendo este hecho una infracción por parte de la contratista (...)"*. Por consiguiente, difícilmente es defendible que se desconozca el tiempo de retraso de las obras por parte de la contratista.

3º) En lo que se refiere al plazo para adoptar la resolución del contrato, conforme a nuestra doctrina contenida, entre otros, en el Dictamen 90/2009, en relación con la caducidad en los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio, ya se indicó por este Consejo Jurídico que el órgano de contratación disponía de tres meses para adoptar y notificar la resolución (artículos 44.2 y 42.3 LPAC), salvo que se acordara la suspensión del plazo el tiempo que media entre la petición y la recepción de nuestro Dictamen (artículo 42.5,c LPAC). Este efecto suspensivo ha sido adoptado, según se notifica por el Secretario de la Corporación a la contratista el 5 de julio de 2012 (registro de salida certificado y con acuse de recibo), si bien ha de matizarse que sus efectos no pueden extenderse retroactivamente, sino a partir de su adopción, por lo que el órgano de contratación sólo dispondrá -una vez registrado de entrada nuestro Dictamen en el Ayuntamiento consultante-, de 15 días para resolver y notificar el presente procedimiento, que son los que restaban desde el 5 de julio hasta el 20 siguiente, fecha en la que finalizaba el plazo de resolución de tres meses desde la iniciación del procedimiento (20 de abril de 2012).

TERCERA.- La resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista. Procedencia y efectos.

I. Sobre la causa de resolución esgrimida por el Ayuntamiento.

La causa de resolución en la que se ampara el Ayuntamiento es la contenida en el artículo 206,d) LCSP, es decir, la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista. Esta causa está íntimamente ligada a la obligación que incumbe al contratista de cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para su realización (art. 196.2 LCSP).

En efecto, el contratista incurre en mora cuando, llegado el *dies ad quem* del plazo de ejecución del contrato, la obra no ha sido realizada, sin que sea precisa una intimación previa por parte de la Administración (artículo 196.3 LCSP). Llegado este momento y constatado que las obras no han finalizado, la Administración puede optar por resolver el contrato o imponer penalidades (artículos 196.4 y 197.1 LCSP), habiéndose acordado con anterioridad dichas penalidades, persistiendo la paralización.

En el supuesto sometido a consulta, de acuerdo con el informe de la Dirección Facultativa, a la fecha convenida para la terminación de las obras (25 de enero de 2011), éstas no habían sido terminadas, encontrándose "paralizadas y abandonadas", incumplimiento que no ha sido negado por la contratista. Del total del precio de las obras (455.201,08, más IVA) sólo se habían certificado 50.000 euros, en concepto de acopio de materiales. Luego se ha constatado la causa propuesta por el Ayuntamiento para la resolución contractual imputable a la contratista.

Esta situación de retraso y de paralización de la obra constituye *ipso iure* un incumplimiento, pues, como ha venido sosteniendo el Consejo de Estado, el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo en el que el tiempo constituye una condición esencial, de modo que el simple vencimiento de los plazos, sin que la prestación de la contratista esté realizada, supone de por sí un incumplimiento de las obligaciones impuestas a la misma, en cuanto que se refieren a la ejecución en plazo y conforme al Proyecto aprobado de las obras objeto del vínculo contractual administrativo (Dictamen 4.533/1996).

Se ha suscitado también la concurrencia de otra causa para la resolución contractual, concretamente, la prevista en el apartado b) del artículo 206 (la declaración de concurso), si bien esta última circunstancia no obstaculiza la resolución del contrato por las causa invocada del apartado d) del artículo 206 LCSP, puesto que conforme a una conocida y arraigada doctrina del Consejo de Estado, que expusimos en la Memoria del Consejo Jurídico correspondiente al año 2009, en el caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo, debe aplicarse de manera preferente la que se hubiese producido antes desde un punto de vista cronológico (por todos Dictamen 169/2007 de este Órgano Consultivo), siendo prioritaria en el tiempo la anteriormente señalada puesto que, según los datos aportados por la contratista, se ha dictado el Auto de declaración del concurso de acreedores el 7 de octubre de 2011, y el incumplimiento del plazo total del contrato por causas imputables a la adjudicataria se produjo el 25 de enero anterior.

II. Alegaciones de la contratista.

La contratista, además de alegar indefensión en el procedimiento que ha sido rechazada en la anterior Consideración, justifica el retraso en la insolvencia actual reconocida por el Auto de declaración del concurso de acreedores de 7 de octubre de 2011.

En la Memoria correspondiente al año 2009, ya citada, este Consejo Jurídico valoró la incidencia de la crisis económica en la contratación administrativa, que enlaza con el tradicional principio de riesgo y ventura del

contratista (artículo 199 LCSP), que puede obtener una ganancia mayor o menor, o incluso perder cuando sus cálculos están mal hechos (STS, Sala 3ª, de 30 de abril de 1999).

En el Dictamen 52/11 señalamos (recogiendo lo dicho en otro anterior núm. 40/2010), que en virtud del principio de riesgo y ventura el contratista no puede esgrimir la variación en las circunstancias imperantes en el mercado para justificar el incumplimiento de las obligaciones nacidas de la relación contractual, recordando, asimismo, cómo el Consejo de Estado ha venido rechazando que puedan invocarse para justificar un incumplimiento razones de orden económico (Dictamen 1438/2001), afirmando en su Dictamen 45.216/1983, que *"los conceptos de crisis económica y conflictividad sociopolítica se sitúan en el ámbito del alea empresarial como riesgos que le son imputables con carácter general"*.

Pero además, como sostiene el informe del Secretario General de la Corporación de 6 de junio de 2012, la declaración concursal es muy posterior a la fecha en la que se produjo el abandono de la ejecución de las obras (el contrato finalizaba el 25 de enero de 2011), presentándose la contratista con posterioridad a esta última fecha a otro procedimiento abierto, cuyo anuncio de licitación fue publicado en el BORM el 2 de julio de 2011, en el entendimiento de que disponía de los requisitos económicos financieros para acometer otra obra, mientras que ahora la contratista sostiene, de forma contradictoria, que meses antes no tenía dicha solvencia para ejecutar la que tiene por objeto la resolución contractual.

De otra parte, tampoco obstaculiza la resolución contractual por la causa invocada por el Ayuntamiento, el hecho de que la empresa presentara un escrito el 20 de septiembre de 2011 (que no consta en el expediente) según refiere, expresando que la situación financiera le impedía cumplir los compromisos adquiridos, puesto que la resolución por mutuo acuerdo sólo procederá cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable a la contratista (artículo 207.4 LCSP), y cuando se presenta dicho escrito ya habían transcurrido 8 meses desde el incumplimiento del plazo estipulado para la ejecución de las obras.

Así pues, las razones invocadas por la contratista para justificar su incumplimiento contractual en modo alguno relevan o dispensan de las responsabilidades contraídas por el retraso y abandono de la ejecución de las obras que le son imputables.

En consecuencia, procede la resolución del contrato por incumplimiento culpable de la contratista, con los efectos consiguientes.

CUARTA.- Efectos de la resolución.

1. De una parte, el borrador de propuesta de acuerdo elevado declara la resolución del contrato por causa imputable a la contratista, si bien no contiene un pronunciamiento expreso sobre la pérdida de la garantía (artículo 208.5 LCSP), puesto que las penalidades impuestas se han hecho efectivas sobre la garantía prestada por la contratista, sin que conste que se hubiera repuesto. No obstante lo anterior, debería reflejarse dicha pérdida en la resolución que se adopte.

2. También se proponen 50.000 euros en concepto de daños y perjuicios ocasionados a la Administración,

coincidiendo dicha cantidad con la correspondiente a la primera y única certificación abonada a la contratista por acopio de materiales, que no se encuentran en la obra, desconociéndose su ubicación y situación, sin que exista seguridad de la recepción de los mismos según detalla la Dirección Facultativa.

3. Sin embargo, en lugar de su determinación como daños y perjuicios, al haberse librado una certificación que presupone el inicio de la ejecución del contrato, procede la liquidación del mismo (aunque no se hayan ejecutado obras), en la que se fije dicha cantidad (50.000 euros) como saldo a favor de la Administración (artículo 222.1 LCSP), que deberá ser notificada a la contratista al mismo tiempo que el acuerdo de resolución.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución contractual sometida a consulta en cuanto procede la resolución del contrato por causa imputable a la contratista, siempre y cuando se adopte por el órgano de contratación antes de la fecha indicada en la Consideración Segunda y con las observaciones recogidas en la Consideración Cuarta.

No obstante, V.S. resolverá.