



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **261/2012**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 5 de noviembre de 2012, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Excmo. Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Murcia, mediante oficio registrado el día 15 de octubre de 2012, sobre resolución del contrato de obras de construcción de centro municipal multiusos en Cabezo de Torres, adjudicadas a la empresa "---" (expte. **335/12**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Murcia de 14 de octubre de 2009, se elevó a definitiva la adjudicación de la obra "Construcción de Centro Municipal Multiusos en Cabezo de Torres", aprobada provisionalmente por acuerdo de 23 de septiembre de 2009, a favor de "---".

Dada la importante rebaja que sobre el precio del contrato (800.000 euros) contenía la oferta del adjudicatario (561.520 euros), a requerimiento del Ayuntamiento se motivó aquélla, siendo calificada la baja como suficientemente justificada por el Arquitecto Municipal.

SEGUNDO.- El contrato se formaliza el 26 de octubre, con un plazo de ejecución de la obra de doce meses, contados a partir de la firma del acta de comprobación del replanteo, que tuvo lugar el 18 de enero de 2011, sin que por parte del contratista se formulara observación o reparo alguno.

TERCERO.- Previa solicitud del contratista, por acuerdos de la Junta de Gobierno de fechas 2 de marzo y 20 de abril de 2011 se autorizan sucesivas prórrogas en el plazo de ejecución de la obra, finalizando la última de las ampliaciones de plazo concedidas el 18 de mayo de 2011.

CUARTO.- El 18 de abril de 2011, el contratista solicita una nueva ampliación del plazo de ejecución de la obra en cuatro meses, ante lo cual la Dirección de la Obra, con fecha 19 de mayo, emite el siguiente informe:

"En sucesivas visitas a la obra se ha constatado que la instalación estaba cerrada y no se estaba trabajando en la misma. La certificación correspondiente a los trabajos realizados en el mes de abril de 2011, si los hubiere, no ha

sido conformada.

Se ha intentado, reiteradamente, contactar con la persona responsable de la obra para conocer de la situación de ejecución de la misma, y no ha sido posible.

Presentados en la obra el día de la fecha, no nos ha sido posible acceder a la misma por encontrarse cerrada y sin actividad alguna en su interior".

QUINTO.- Con fecha 17 de junio, el Concejal Delegado de Contratación y Patrimonio dicta sendos Decretos por los que aprueba el gasto de 9.681,38 euros, derivado del incremento del tipo impositivo del IVA aplicable al contrato; y de 31.270,99 euros, correspondientes a las variaciones introducidas en el mismo por exceso de obra.

SEXTO.- Comunicado el informe de 19 de mayo al contratista, junto con una intimación expresa de terminación de las obras, contesta mediante escrito de 27 de junio, que es del siguiente tenor:

"Nos vemos imposibilitados para finalizar inmediatamente la ejecución de la obra adjudicada, dada la situación de falta de liquidez en que nos encontramos, que nos ha obligado a comunicar al Juzgado de lo Mercantil de Murcia la iniciación de negociaciones con nuestros acreedores para obtener adhesiones a una Propuesta Anticipada de Convenio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3 de la Ley Concursal.

Se trata de una situación coyuntural motivada por distintas circunstancias de índole económica y generalizada en el sector de la construcción que nos impide cumplir con los compromisos adquiridos.

Lamentamos enormemente encontrarnos en esta situación y confiamos en poder superarla rápidamente y poder finalizar dichas obras en las próximas semanas".

SÉPTIMO.- El 4 de agosto, la Dirección de Obra informa que está en las mismas condiciones en que se encontraba el 19 de mayo de 2011.

OCTAVO.- Por diversos técnicos de la Oficina Técnica de Proyectos del Ayuntamiento se evacuan los siguientes informes y comunicaciones interiores:

- Comunicación interior al Servicio de Contratación, de 19 de diciembre de 2011: "...*dado el estado de terminación de la obra, con las instalaciones prácticamente terminadas, puertas interiores colocadas, así como luminarias, aparatos de climatización, etc., susceptibles de ser sustraídos y que de seguir en la actual situación de paralización de la obra es seguro que sufrirán un importante deterioro, se debería, de acuerdo con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, proceder a su ocupación o dar los pasos legales que procedan para poder terminar dicha obra*".

- Informe de 16 de enero de 2012: *"Las obras no se encuentran en estado de ser recibidas dado que faltan por finalizar entre otros los trabajos de colocación de las carpinterías exteriores: puertas, ventanas, etc., así como la ejecución de los accesos exteriores al edificio: rampa, escaleras... Por todo ello, no procede la recepción".*

A dicho informe se adjunta resumen económico comparativo de la diferencia existente entre lo adjudicado y lo certificado (31.581,39 euros). Una vez sumado el importe del incremento de gasto aprobado por los Decretos de 17 de junio (tipo impositivo del IVA y variaciones por exceso de obra), arroja un total pendiente de certificar de 72.533,76 euros.

- Comunicación interior al Servicio de Contratación, de 23 de enero de 2012:

"...la instalación se encuentra cerrada y sin actividad alguna en su interior desde abril de 2011, habiendo sido certificado hasta ese momento el 94,48% del proyecto adjudicado.

Puestos en contacto con la empresa se nos ha indicado que se encuentra inmersa en un procedimiento judicial y sujeta a la supervisión de los administradores judiciales, motivo por el cual no pueden concluir la obra.

Por todo lo anterior, sería oportuno que se iniciasen, con la mayor celeridad posible, los trámites para concluir la obra mediante la rescisión del contrato, tal y como se contempla en la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.

Así mismo, proceder a contratar lo que resta de obra de acuerdo con lo especificado en el resumen económico comparativo entre lo adjudicado y lo certificado, así como el importe de los trabajos necesarios, relacionados en el informe de la Oficina Técnica de Proyectos de 16 de enero de 2012".

NOVENO.- Mediante oficio de 25 de enero de 2012, notificado el 31 de enero, se da traslado de los mencionados informes a la empresa, comunicándole el inicio de expediente de resolución de contrato por causa imputable al contratista. Asimismo, se comunica la incoación de dicho procedimiento al administrador concursal y a la entidad avalista, confiriéndoles el preceptivo trámite de audiencia, sin que ninguno de estos últimos efectúe alegaciones.

DÉCIMO.- Con fecha 9 de febrero el contratista presenta alegaciones, limitándose a señalar que su intención es proceder a la resolución del contrato de mutuo acuerdo y de forma amistosa, presentando días más tarde (el 24 de febrero), una certificación de liquidación de la obra por importe de 28.863,24 euros, restando por ejecutar 2.708,15 euros.

UNDÉCIMO.- Por la Dirección Técnica se emite informe el 27 de febrero para rechazar la propuesta de liquidación presentada por la empresa, conforme a los siguientes argumentos:

"Sólo se nos ha presentado un borrador de dicha liquidación que no coincide con el importe de la valoración efectuada por esta O.T.P., ya que da por finalizadas partidas que están a medio ejecutar y cuyo coste de acabado va a ser muy superior a lo establecido en el proyecto inicial, ya que en algunos casos habrá que rehacer totalmente la partida.

En la última reunión entre -- y los representantes de este Excmo. Ayuntamiento, el adjudicatario planteaba como solución amistosa que se le devolviera la fianza depositada en su día, que el Ayuntamiento abonase los intereses de demora y que la liquidación que nos presentaran, se aceptase.

Estas pretensiones son inaceptables dado que no nos consta que los intereses de demora hayan sido reclamados y en todo caso no es competencia de esta O.T.P.

La fianza no procede devolverla toda vez que la obra no está finalizada, tal y como se está explicando reiteradamente.

Por último, el avance de liquidación presentada por --, es inaceptable por las causas que a continuación se detallan:

El importe total de la obra (incluidas las posteriores cantidades aceptadas en su día a --), comprende los conceptos que se indican a continuación:

- Importe inicial de adjudicación en 14 de octubre de 2.009, 561.520,00 euros, al que hay que deducir 529.857,61 euros, certificado a fecha 17 de junio de 2011, quedando por tanto por certificar un importe de 31.662,39 euros.
- Variaciones de las unidades de obra en más y en menos: 22.498,48 euros,
- Incremento del IVA del 16% al 18%, que asciende a la cantidad de 9.681.38 euros.
- Incremento de acero de la estructura ya certificado que asciende a 8.782,51 euros

La suma de estos conceptos asciende a 72.614,76 euros

A estas cantidades habría que sumar el importe de la fianza depositada, que según el contrato es de 24.203,45 euros, con lo que el total de que dispondría, el Ayuntamiento para terminar la obra ascendería a la cantidad de

96.818,21 euros.

Por el estado actual de la obra, es posible que el coste de terminación sea superior al disponible citado. Hasta la fecha, de las distintas empresas contactadas sobre la terminación de la obra, sólo una ha contestado positivamente, por lo que habrá que efectuar más consultas hasta conseguir, con vistas a la nueva contratación, lo establecido por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Así mismo es conveniente recordar que -- a requerimiento del Técnico que suscribe, que les exigió el compromiso escrito de que conocían la totalidad del proyecto, sus mediciones y presupuesto, justificó la baja efectuada en su día de forma que se le adjudicase la obra, mediante el escrito cuya fotocopia se adjunta además del planing y la relación de medios materiales necesarios para el desarrollo de la obra (en mi poder).

En conclusión, reiteramos que hay que proceder a la rescisión del contrato, como único medio de poder terminar la obra y evitar los graves riesgos de vandalismo y de seguridad para las personas que ocasiona el tener una obra en las circunstancias que se encuentra el "Centro Municipal multiusos en Cabezo de Torres".

DUODÉCIMO.- El 7 de marzo, el contratista presenta alegaciones frente a dicho informe, solicitando el pago de intereses de demora -sin concretar sobre qué retrasos en el pago serían exigibles- y de la liquidación, por importe de 28.863,24 euros, así como la devolución de la fianza.

DECIMOTERCERO.- Con fecha 12 de marzo, el Servicio Jurídico del Ayuntamiento emite informe en el que se limita a recordar el contenido de los artículos 206, letra d) y 208.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y a señalar la preceptividad de este Dictamen.

DECIMOCUARTO.- En idéntica fecha, la Jefa del Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial formula propuesta de resolución contractual por incumplimiento del contratista, derivado de no haber ejecutado la obra en el plazo máximo previsto para ello, con incautación de la fianza, e iniciando pieza separada de liquidación de las obras.

La Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Murcia, en sesión de 14 de marzo, acuerda dar traslado del expediente al Consejo Jurídico de la Región de Murcia, lo que se lleva a efecto por escrito de su Alcalde, recibido en este Órgano Consultivo el 21 de marzo de 2012, que solicita la emisión de Dictamen con carácter de urgencia, al tratarse de unas obras subvencionadas por la Comunidad Autónoma.

DECIMOQUINTO.- En sesión celebrada el 11 de abril de 2012, el Consejo Jurídico emite Dictamen 89/2012, que concluye en la procedencia de resolver el contrato, con incautación de la fianza, al advertir la concurrencia de las causas de resolución contractual consistentes en el incumplimiento culpable por parte del contratista tanto del plazo de realización total de la obra como de la obligación esencial de ejecutarla.

El Dictamen es recibido por el órgano consultante el 12 de abril.

DECIMOSEXTO.- El 25 de abril, la Junta de Gobierno municipal acuerda, a propuesta del Concejal Delegado de Contratación y Patrimonio, resolver el contrato, incautar la garantía e iniciar pieza separada de liquidación de las obras.

La notificación del indicado acto administrativo al adjudicatario se produce el 10 de mayo de 2012.

DECIMOSÉPTIMO.- El 8 de junio la contratista presenta recurso potestativo de reposición frente al acuerdo municipal de resolución contractual, al entender que el procedimiento habría finalizado por caducidad previa a su resolución expresa, lo que impediría ésta y obligaría a proceder al archivo de las actuaciones.

DECIMOCTAVO.- El 12 de septiembre, en informe conjunto del Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial y de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento, se concluye que procede estimar el recurso de reposición interpuesto por la contratista y declarar caducado el procedimiento de resolución. Asimismo, indica que procede iniciar un nuevo procedimiento con idéntico fin.

Sobre la base de dicho informe y a propuesta del Concejal Delegado de Contratación y Patrimonio, en la misma fecha, la Junta de Gobierno municipal acuerda estimar parcialmente el recurso y, en consecuencia, declarar la caducidad del procedimiento de resolución contractual, dejando sin efecto la incautación de la garantía definitiva acordada en el acto recurrido, si bien se mantiene en sus mismos términos el apartado del acuerdo recurrido relativo a la pieza separada de liquidación de las obras, que, según se afirma, se encuentra en trámite.

Del mismo modo, se acuerda iniciar nuevo procedimiento de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista de su obligación esencial de ejecutar el contrato en plazo, con advertencia expresa de que dicha resolución conllevará la incautación de la fianza, otorgándole trámite de audiencia, al igual que a su avalista y al administrador concursal.

El indicado acuerdo se notifica a la contratista el 13 de septiembre.

DECIMONOVENO.- El 18 de septiembre, la contratista formula oposición a la resolución contractual, alegando la improcedencia de reabrir un expediente de resolución contractual finalizado por caducidad y reiterando que no concurre la causa de resolución invocada, toda vez que, aunque es cierto que la obra ha cesado en su ejecución, lo ha sido por circunstancias totalmente ajenas a la voluntad del contratista.

VIGÉSIMO.- Con base en el informe del Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial y de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento, la Jefa de la primera de las unidades citadas formula informe-propuesta de resolución del contrato, con incautación de la garantía definitiva.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de

documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 15 de octubre de 2012.

Consta en el expediente el acuerdo de la Junta de Gobierno municipal por el que se da traslado del expediente al Consejo Jurídico, en el que se acuerda suspender el plazo máximo legal para resolver el procedimiento, por el tiempo que medie entre la petición del presente Dictamen y su recepción por el órgano consultante.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen, normativa de aplicación y cuestiones procedimentales.

Procede dar por reproducidas las consideraciones que sobre tales extremos realizamos en el Dictamen 89/2012, en orden a evitar innecesarias reiteraciones, toda vez que el procedimiento en que se inserta la actual consulta es reproducción del que fue objeto del indicado Dictamen, el cual caducó al no notificar el Ayuntamiento al contratista la resolución extintiva del contrato antes del transcurso máximo establecido para ello.

SEGUNDA.- De la posibilidad de incoar un nuevo procedimiento de resolución contractual una vez caducado el anterior.

En su escrito de oposición a la resolución contractual, la mercantil adjudicataria de las obras considera que el artículo 92 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), impide que una vez caducado un procedimiento administrativo por no dictarse resolución definitiva en el plazo máximo establecido para ello, pueda la Administración incoar un nuevo procedimiento con idéntico objeto que el caducado.

Esta cuestión ha sido reiteradamente tratada por este Consejo Jurídico, a menudo a instancias de la Administración municipal ahora consultante, por lo que no cabe sino remitirnos a las consideraciones contenidas en nuestros anteriores Dictámenes. En ellos, cuando se aprecia la caducidad del procedimiento, se advierte expresamente a la Administración consultante de la posibilidad de incoar un nuevo procedimiento con idéntica finalidad (por todos, Dictamen 67/2012). En el 177/2009 indicamos que *"no existe obstáculo para la incoación de un nuevo procedimiento resolutorio porque la o las sucesivas declaraciones de caducidad, aun siendo reflejo de una actuación administrativa ciertamente alejada de los principios de celeridad y eficacia que deben regir aquélla, no produce por sí sola la prescripción de las acciones de la Administración (art. 92.3 LPAC), es decir, la caducidad no conlleva el desapoderamiento de la Administración contratante para ejercer las potestades que la Ley le confiere en defensa del interés público, a cuya satisfacción se dirige el contrato. De modo similar, la doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo en el ámbito del procedimiento sancionador (sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 12 de junio de 2003, dictada con ocasión de un recurso de casación en interés de ley), según la cual, "La declaración de caducidad y archivo de actuaciones establecidas para procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras, artículo 44.2 de la Ley 30/92, no extingue la acción de la Administración para ejercitar las potestades aludidas en ese precepto, siéndoles plenamente aplicable el artículo*

TERCERA.- De las causas de resolución del contrato.

Se reproduce a continuación la Consideración Tercera del Dictamen 89/2012, toda vez que las causas alegadas por la Administración para proceder a la resolución del contrato y las justificaciones de la contratista para oponerse a dicha extinción de la relación contractual, son idénticas a las contenidas en el procedimiento finalizado por caducidad.

1. Causas de resolución y aplicación de las mismas.

En el supuesto sometido a consulta concurren causas diversas de resolución, a saber:

a) La demora en la ejecución del objeto del contrato (arts. 196.4 y 206, letra e, LCSP), que sólo cabe entender producida una vez expira el plazo de ejecución de la obra, prórrogas incluidas. La última de las prórrogas concedidas por la Junta de Gobierno Local data del 20 de abril de 2011 y fija como fecha de finalización de las obras el 18 de mayo de 2011.

La causa de resolución consistente en la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista está íntimamente ligada a la obligación que le incumbe 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 (artículo 196.4 LCSP).

En el supuesto sometido a consulta y según los informes obrantes en el expediente, a la fecha establecida para la terminación de las obras (18 de mayo de 2011) éstas no habían sido culminadas, pues, según la Oficina Técnica de Proyectos quedaba pendiente de ejecutar 31.662,39 euros del proyecto inicial, más otras cantidades en concepto de variaciones de obra, incremento de acero en estructura ya certificado y alza del tipo impositivo del IVA, que arrojan un total de 72.614,76 euros.

b) La declaración de concurso voluntario de acreedores, por auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia, de 7 de octubre de 2011 (art. 206, letra b, LCSP).

c) Incluso, cabría apreciar una tercera causa de resolución, el abandono de las obras, certificado por la Oficina Técnica de Proyectos el 19 de mayo de 2011, y que constituye un incumplimiento por parte del contratista de su

obligación esencial de ejecutar la prestación objeto del contrato (art. 206, letra g, LCSP). En el informe sobre estado de las obras evacuado en la indicada fecha se hace constar que en sucesivas visitas anteriores se ha constatado que *"la instalación estaba cerrada y no se estaba trabajando en la misma"*, situación de abandono que, iniciada en el mes de abril de 2011, persiste y se comprueba en posteriores visitas (4 de agosto de 2011).

A este respecto, como de forma reiterada viene señalando este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 169/2007), debe recordarse lo indicado por el Consejo de Estado en su Dictamen nº 2230/2004, de 14 de octubre de 2004: *"de acuerdo con una consolidada doctrina del Consejo de Estado, con carácter general en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico. Dicha doctrina resulta de numerosos dictámenes, entre los que cabe citar los números 37.688, 34.387, 54.205, 55.563, 55.564, 717/91, 718/91 y 719/91, de 20 de junio de 1991, 1.656/92, de 27 de enero de 1993, 712/94, de 23 de junio de 1994, y 740/95 y 741/95, de 25 de mayo de 1995. Es paradigmático de esta doctrina el Dictamen número 47.892, de 4 de julio de 1985, en el que se dice que "cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo". Y en otro de los Dictámenes de dicho Órgano Consultivo, el nº 55.564, de 31 de enero de 1991, se precisó que "el criterio fundamental, por tanto, es el de la preferencia por la causa primeramente perfeccionada en el tiempo -es decir, aquella que ha quedado integrada por todos y cada uno de sus perfiles institucionales- y será, por tanto, la que rija el régimen sustantivo de la resolución"*. En el mismo sentido, nuestro Dictamen 28/2010, que contiene una síntesis de la doctrina del Consejo de Estado en la materia.

También, para un supuesto en que se había constatado el abandono de las obras por el contratista con anterioridad a la expiración del plazo de ejecución, el Dictamen del Consejo de Estado 144/2008, de 13 de marzo, expresa que *"se había apreciado un progresivo abandono de los trabajos hasta que el mismo fue total. Esta dejación de la actividad contractual, a pesar de que no se había plasmado al iniciarse el procedimiento de resolución en una inobservancia del plazo (pues el mismo finalizaba, tras dicha prórroga, el 15 de septiembre siguiente), supuso el incumplimiento de las obligaciones esenciales inherentes al contrato. Tal incumplimiento, anterior a la declaración del concurso voluntario de la contratista, constituye causa de resolución contractual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 111.g) del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio"*. En el mismo sentido, nuestro reciente Dictamen 67/2012, emitido a solicitud de la Corporación ahora consultante.

A la luz de lo expuesto, la causa que parece concurrir primero en el tiempo es la del abandono de las obras por el contratista y, por tanto, el incumplimiento de la obligación esencialísima en todo contrato de obras de ejecutar la prestación, sin perjuicio, además, de que con el paso del tiempo también llegue a producirse la demora en el plazo de ejecución.

La propia empresa admite la paralización de los trabajos, y, de hecho, una vez notificado el inicio del procedimiento de resolución contractual, no intenta siquiera justificar dicho abandono en causas ajenas a la empresa y se limita a proponer la resolución de mutuo acuerdo, lo que no hace sino corroborar la intención del contratista de no reanudar los trabajos y que el abandono de las obras es definitivo.

2. Incumplimiento culpable.

Posibles causas de la desatención de los trabajos y ulterior incumplimiento del plazo total de ejecución de las obras, que pueden inferirse de los escritos de alegaciones de la empresa, apuntarían a su difícil situación

económica (escrito de 24 de junio de 2011, folio 90 del expediente) y a unas eventuales demoras en los pagos de lo debido por el Ayuntamiento (folio 138).

No obstante, como de forma reiterada sostiene la doctrina de este Órgano Consultivo, la difícil coyuntura económica, ya sea ésta global o particular de la empresa, no puede justificar el incumplimiento de las obligaciones contractuales por mor del principio de riesgo y ventura que informa toda la contratación administrativa. Por todos, nuestro Dictamen 40/2010.

Del mismo modo, la clásica "*exceptio non adimpleti contractus*" en cuya virtud el incumplimiento de una de las partes en el contrato releva de sus obligaciones a la contraria, no puede ser acogida en el ámbito de la contratación administrativa con el alcance que tiene en derecho privado.

Como de forma constante señalamos en nuestros Dictámenes (por todos el 66/2012), la traslación a la contratación administrativa de esta excusa de cumplimiento contractual, cuyo ámbito natural es el derecho obligacional privado, no puede realizarse sin una cierta adaptación que pondere la especial posición jurídica de preeminencia de que goza la Administración Pública en su actividad contractual, frente a la igualdad de los contratantes propia de las relaciones privadas (STS, Sala Tercera, de 11 de octubre de 1982). Criterio el expuesto que, como recordamos en nuestro Dictamen 76/2008, de forma constante vienen aplicando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, además de la indicada, las del mismo Órgano Jurisdiccional y Sala de 19 de junio de 1984 y de 20 de diciembre de 1989) y el Consejo de Estado, cuyo Dictamen nº 1452, de 28 de julio de 1994, se expresa en los siguientes términos:

"El contratista que viera impagadas las certificaciones de obra expedidas por la Administración contratante podrá utilizar aquellas acciones previstas al efecto por la legislación vigente, incluso reclamando intereses, cuando procediera; pero en ningún caso le es dado abandonar por tal motivo la ejecución de las obras, con perjuicio para el interés público ínsito en todo contrato administrativo. No es admisible jurídicamente escudarse en un impago de certificaciones para justificar la paralización unilateral de las obras".

Cabe concluir que, para la doctrina y con carácter general, la referida excepción no es aplicable al cumplimiento de los contratos administrativos, si bien se llega a admitir que no puede exigirse al contratista la ejecución del contrato cuando el incumplimiento de la Administración lo hace imposible (por todos, Dictamen del Consejo Jurídico 147/2011), determinando así que la no ejecución de las obras por parte del contratista pueda considerarse como no culpable. En el supuesto sometido a consulta, sin embargo, la pretendida vinculación del incumplimiento del contratista con las demoras en el pago de las certificaciones por parte de la Administración no ha quedado acreditada en el expediente, sin que la empresa se detenga siquiera en identificar a qué pagos se refiere.

En atención a lo expuesto, cabe considerar que concurren las causas de resolución del contrato contempladas por el artículo 206, letras e) y g) LCSP, caracterizadas por el incumplimiento tanto del plazo de realización total de la obra como de la obligación esencial de ejecutarla. Tales incumplimientos, en la medida en que no se amparan en una causa ajena a la empresa han de considerarse culpables. Ello, a su vez, y de conformidad con el artículo 207.4 LCSP, excluye la posibilidad de una resolución por mutuo acuerdo.

CUARTA.- Incautación de la fianza.

Propone el Ayuntamiento la incautación de la fianza "*para responder de la buena ejecución del contrato, dado el perjuicio ocasionado al interés público por el incumplimiento culpable del contratista*". En efecto, el artículo 208.4 LCSP, prevé de manera expresa la incautación y pérdida de la fianza para responder de los daños y perjuicios que el incumplimiento culpable del contratista hubiera podido ocasionar, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad de aquél en lo que exceda del importe de dicha garantía. Así, si existe el hecho objetivo determinante de tales perjuicios, los mismos deben ser resarcidos por quien, con su incumplimiento culpable del contrato y su consiguiente resolución, dio lugar a los mismos; pero ello habrá de determinarse en un expediente contradictorio que, normalmente, será un procedimiento *ad hoc* y posterior al expediente mismo de resolución, con la finalidad de fijar con la mayor exactitud el importe de los daños, incluyendo todos los producidos hasta el instante mismo de la resolución del contrato, en lo que excedan de la garantía incautada. En dicho expediente se deberá otorgar al contratista un trámite de audiencia previo al acto que, en su caso, acuerde la referida obligación indemnizatoria adicional, siguiendo con ello el proceder que se deduce del artículo 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP). No consta que se haya seguido este procedimiento en el supuesto sometido a consulta, por lo que la incautación de la fianza no debería motivarse en el resarcimiento de los perjuicios causados a la Corporación Local, toda vez que dichos daños no cabe considerarlos acreditados aún.

Cabe preguntarse entonces si puede el Ayuntamiento incautar la fianza sobre la base del incumplimiento culpable del contratista. Como ya señalamos en nuestros Dictámenes 147/2011, en la actualidad el artículo 208.4 LCSP no parece mantener con un carácter general la función punitiva de la incautación de la garantía propia de regulaciones anteriores, pues tal medida no se prevé expresamente como efecto automático o inherente a la resolución por incumplimiento culpable del contratista, pareciendo que, en apariencia y como se ha dicho, aquella queda destinada a la indemnización de los daños y perjuicios causados a la Administración por la extinción anticipada del contrato. No obstante, es cierto que, a pesar de la dificultad de encajar en la literalidad de la LCSP el régimen jurídico de la incautación que estaba antes vigente, se han alzado opiniones autorizadas que mantienen el carácter automático de la incautación, dado que, de otro modo, la resolución no tendría efectos económicos directos sobre el contratista, en razón a la evidente dificultad de probar de forma anticipada a la resolución gran parte de los daños que aquella causa a la Administración.

A esta opinión doctrinal, se une que, también el legislador estatal, con la modificación operada por el Real Decreto Legislativo 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, en el artículo 208.5 LCSP -referido a la resolución del contrato por la declaración de concurso del contratista, lo que aunque excluye su aplicación directa al supuesto sometido a consulta sí que ofrece un criterio útil para la exégesis del papel o función de la garantía en el sistema de la contratación administrativa- ya no vincula la fianza con una exclusiva función resarcitoria de daños y perjuicios, sino que dispone la pérdida de la garantía cuando el concurso hubiera sido declarado culpable.

Así pues, como ya anticipaba nuestro Dictamen 208/2011 y confirman Dictámenes posteriores como el 89/2012, de conformidad con lo establecido en el artículo 90.1, interpretado "*a sensu contrario*", en cuya virtud la garantía no será devuelta hasta que se declare la resolución del contrato sin culpa del contratista, y el 208.4 LCSP en la interpretación expuesta, este Consejo Jurídico estima que el nuevo régimen establecido por la indicada Ley no ha supuesto una alteración sustancial en la naturaleza de la fianza, que continúa cumpliendo una función penal o punitiva del incumplimiento culpable del contratista, junto a la estrictamente resarcitoria, por lo que en el supuesto objeto de Dictamen procede acordar la incautación de la garantía prestada.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede declarar la resolución del contrato de referencia, por incumplimiento culpable del contratista de su obligación esencial de ejecutar en plazo el contrato, con incautación y pérdida de la garantía prestada, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

