



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Dictamen nº **272/2012**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 19 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 22 de octubre de 2012, sobre resolución de contrato formalizado con la empresa --, para la ejecución de la obra de cimentación y estructura del centro accesible para jóvenes perteneciente a la Escuela Taller Municipal del Servicio de Empleo (Murcia) (expte. **343/12**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 14 de octubre de 2010, se formaliza contrato administrativo de obras entre el Ayuntamiento de Murcia y la mercantil "--", denominado "Cimentación y estructura del centro accesible para jóvenes perteneciente a la Escuela Taller Municipal del Servicio de Empleo".

El contrato fue adjudicado el mismo 14 de octubre, por procedimiento abierto y trámite de urgencia, en la cantidad de 771.417,01 euros, y con un plazo de ejecución de seis meses contados desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo, lo que se llevó a efecto el 8 de noviembre de 2010, sin que se formule reparo u observación alguna por la mercantil.

Consta que la contratista constituye una garantía definitiva por importe de 32.687,16 euros.

SEGUNDO.- Iniciada la ejecución de la obra, el 29 de diciembre el Jefe de Obra de la contratista comunica al Ayuntamiento que la obra se ha parado con fecha 15 de diciembre, "*a nivel de ejecución de losa de cimentación, motivada al parecer por un recálculo del forjado 1 que podría afectar al armado de pilares y refuerzos en losa*".

La contratista manifiesta que dicha paralización es ajena a su voluntad y provoca un retraso evidente, solicitando del Ayuntamiento la resolución del problema a la mayor brevedad posible.

TERCERO.- El 9 de febrero, el mismo Jefe de Obra requiere al Ayuntamiento confirmación por escrito de la orden verbal recibida de la Dirección Facultativa en relación con la inclinación de una de las pantallas, que afecta al

forjado 1 y losa de cimentación, cuyos planos reformados también se solicitan.

El 7 de marzo de 2011, la Jefe del Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial del Ayuntamiento remite a la mercantil informe emitido por el Arquitecto Municipal que confirma la orden verbal dada, afirmando que la modificación indicada a la contratista no debería afectar al plazo de ejecución de la obra ni suponer un incremento del coste, ya que simplemente se cambia la inclinación de un muro, por lo que las partidas a ejecutar son las mismas.

CUARTO.- El 21 de marzo, la mercantil solicita confirmación escrita de una nueva modificación (ahora en el trazado del muro perimetral, para evitar un poste eléctrico) e instrucciones para su realización.

No consta contestación del Ayuntamiento.

QUINTO.- El 5 de mayo, la mercantil solicita una prórroga de tres meses en la ejecución, alegando circunstancias meteorológicas y los retrasos derivados de las modificaciones indicadas por la Dirección Facultativa.

Dicha prórroga es informada favorablemente por la Dirección Facultativa y la Oficina Técnica de Proyectos, y aprobada por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento en sesión de 1 de junio de 2011, fijándose como nueva fecha para la recepción de las obras el 8 de agosto de 2011.

SEXTO.- El 5 de julio, la mercantil vuelve a dirigirse al Ayuntamiento, dando cuenta de la paralización de los trabajos en la losa de cubierta del edificio por orden de la Dirección Facultativa, advirtiendo del incremento de costes y plazo que ello conlleva y solicitando la pronta resolución del problema.

SÉPTIMO.- El 25 de julio, la mercantil solicita una nueva prórroga de dos meses, debido al retraso que la paralización de los trabajos en la cubierta del edificio ha conllevado.

Con fundamento en un informe de la Dirección Facultativa, el 27 de julio la Junta de Gobierno acuerda conceder una prórroga de un mes, de modo que se fija como fecha para la recepción de la obra el 8 de septiembre de 2011.

OCTAVO.- Con fecha 7 de septiembre, se solicita una nueva prórroga de dos meses, pues la anteriormente concedida ha sido insuficiente para afrontar los importantes cambios ordenados en la cubierta del edificio (que ha obligado a desarmarla parcialmente) y dado el período estival.

La Dirección Facultativa informa favorablemente la concesión de una prórroga de tres meses (no de dos como se solicitaba por la mercantil) y la Junta de Gobierno, en sesión de 28 de septiembre, acuerda prorrogar el plazo de ejecución de las obras otros tres meses, fijando como fecha de finalización el 8 de diciembre de 2011. Esta prórroga se formaliza mediante adenda al contrato, con fecha 18 de octubre de 2011.

NOVENO.- El 13 de octubre de 2011, la Oficina Técnica de Proyectos comunica a la Jefe de Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial que la obra "está parada ya que -- está en concurso de acreedores".

Se indica, asimismo, el estado de la obra, en los siguientes términos:

"La estructura está prácticamente finalizada a falta de algunas unidades de obra que con el importe pendiente de certificar (20.752,52 euros de un importe total de 771.417,01 euros) se terminaría. Con respecto a las mejoras (comprometidas por la empresa por importe de 371.588,12 euros), dentro del buen entendimiento habido desde el principio con la adjudicataria y esta OTP y tal como ya se había estipulado de palabra antes de la formalización del contrato, se iban a realizar modificaciones de común acuerdo de dichas mejoras de forma que fuesen operativas y de interés para este Ayuntamiento y para el posterior desarrollo de la obra de terminación del edificio, no contemplada en el contrato con -- (...) algunas de estas mejoras se han realizado por parte de -- para no entorpecer la marcha de los trabajos y porque en algunos casos era obligatorio efectuarlas antes de ejecutar ciertas unidades de la estructura contratada (sigue un desglose de modificaciones ejecutadas y su importe). El total de estas unidades asciende provisionalmente a 142.890,49 euros que habría que descontar de los 371.588,12 euros de mejora contratados con --, por lo que el saldo a favor de este Ayuntamiento sería de 228.697,63 euros, que se iban a invertir en los trabajos siguientes:

- Cubierta invertida en los dos edificios 54.840 euros
- Tratamiento de todo el suelo del garaje 61.405,50 euros
- Realización de parterres en sótano, tratamiento de salas de música y otros pendientes de definir y valorar.

Al día de la fecha ha sido imposible mantener contactos con el personal de -- ya que según nuestras noticias han sido despedidos en su totalidad".

DÉCIMO.- El 26 de octubre, el Coordinador de Seguridad y Salud de la obra presenta ante el Ayuntamiento su renuncia dado el cese de actividad en la obra, no encontrándose trabajador alguno en la misma. Señala que la contratista le manifiesta que "ante el cese de actividad debido al ERE por el que se ha visto afectada es imposible la continuidad de los trabajos momentáneamente por tiempo indefinido. Va a proceder de forma inmediata al sellado y al repaso de las medidas de seguridad en los accesos y vallado perimetral, para posteriormente comunicarlo al promotor y propietario, Ayuntamiento de Murcia, cediéndoles con dicho acto la posesión de su propiedad para que procedan en adelante al mantenimiento y conservación de su vallado y seguridad". Señala, asimismo, que las obras (fase de estructura) se encuentran ejecutadas al 95%.

Se adjunta libro de incidencias, reportaje fotográfico del estado de las obras e informe en formato PDF (437 páginas).

UNDÉCIMO.- El mismo 26 de octubre, la mercantil comunica al Ayuntamiento los siguientes extremos:

a) Que conoce la renuncia del Coordinador de Seguridad y Salud.

b) Que les han sustraído todas las medidas de protección colectiva e individual de la obra, por lo que ha presentado denuncia policial.

c) Que, con fecha 20 de septiembre de 2011, ha solicitado la declaración de concurso voluntario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia y ha presentado expediente de regulación de empleo por el 100% de su personal, por lo que ante la imposibilidad de continuar las obras y ante la posible generación de daños y responsabilidades derivadas, las pone a disposición del Ayuntamiento, entregándole su posesión.

d) Que se ha asegurado el vallado perimetral y se han clausurado los accesos, solicitando que se ponga en conocimiento de la Dirección de Obra, para que procedan al mantenimiento y conservación del vallado y seguridad en la obra.

DUODÉCIMO.- La Concejalía de Empleo, Comercio y Empresa comunica a Contratación que procede resolver el contrato y que la finalización de las obras se asumirá por los integrantes del proyecto de Escuela Taller Municipal, debiendo destinar a dicho fin la garantía depositada por la contratista.

DECIMOTERCERO.- El 2 de noviembre se notifica a la mercantil la apertura de trámite de audiencia previo a la resolución del contrato por incumplimiento del plazo de ejecución de las obras, que tras las prórrogas concedidas finalizó el 8 de septiembre. Se advierte de la eventual incautación de la garantía y obligación de reparar daños y perjuicios, como consecuencia del incumplimiento culpable de la contratista.

También se confiere trámite de audiencia a la entidad bancaria avalista.

DECIMOCUARTO.- El 14 de noviembre la mercantil presenta sendos escritos de alegaciones.

a) El primero de ellos, suscrito por Letrado que actúa en representación de la empresa, por el que se opone a la resolución del contrato por incumplimiento culpable, toda vez que el retraso en la ejecución de las obras ha respondido a la existencia de variaciones o mejoras no contempladas en lo inicialmente proyectado y que requerían el acuerdo de las partes y la modificación del contrato inicial, acuerdo que no se habría producido, por lo que no puede imputársele a la contratista la responsabilidad por el retraso en la ejecución.

Se opone, asimismo, a la incautación de la fianza toda vez que el Ayuntamiento no puede acordarla hasta transcurrido un año desde la recepción de las obras y previa intimación de reparación de eventuales defectos en la ejecución.

Se adjunta poder para pleitos, si bien la copia remitida al Consejo Jurídico está incompleta y no permite acreditar la representación con que el Letrado dice actuar.

b) En el segundo, el administrador de la contratista reitera los argumentos esgrimidos en el primero, considerando que hasta el 26 de octubre (fecha en que la empresa pone a disposición del Ayuntamiento las obras por la imposibilidad de su continuación) el contrato estaba íntegramente cumplido y que el retraso en la ejecución de las obras se debió a la falta de acuerdo entre las partes del contrato acerca de diversas modificaciones que habían de realizarse sobre el contrato inicial.

DECIMOQUINTO.- El 23 de enero, la Oficina Técnica de Proyectos rechaza que las obras estuvieran terminadas, de modo que a la fecha prevista para la finalización de aquéllas (8 de noviembre de 2011), se encontraban en el mismo estado que se describe en el informe de 13 de octubre anterior.

DECIMOSEXTO.- El 1 de febrero de 2012, se cursa oficio, a quien cabe entender que es el administrador concursal de la empresa, comunicándole la iniciación de expediente de resolución del contrato. En dicho escrito se indica que la declaración en estado de concurso voluntario de la empresa se ha producido por auto de fecha 24 de octubre de 2011.

DECIMOSÉPTIMO.- El 7 de febrero la Directora de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento emite informe sobre la resolución, sin expresar su parecer favorable o contrario, limitándose a señalar, tras unos breves antecedentes, la dicción de los artículos 206, d) y 208.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y recordando la preceptividad del presente Dictamen.

DECIMOCTAVO.- El 8 de febrero la Jefe del Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial emite informe propuesta de resolución del contrato por incumplimiento culpable de la contratista de los plazos establecidos para la finalización de la obra, proponiendo asimismo la incautación de la garantía e inicio de pieza separada de liquidación de las obras.

DECIMONOVENO.- Solicitado el preceptivo Dictamen del Consejo Jurídico, mediante oficio recibido en este Órgano Consultivo el 29 de febrero de 2012, se emite con el número 67/2012, en sesión celebrada el 21 de marzo.

En él se advierte de la caducidad del procedimiento de resolución contractual al haber transcurrido en exceso el plazo de tres meses previsto en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC, atendida la remisión expresa que a esta Ley efectúa la Disposición final octava LCSP. Además, se indica que de la lectura del expediente remitido se aprecia la posible concurrencia de hasta tres causas de resolución contractual que, ordenadas cronológicamente, serían el abandono de la obra, la declaración en situación concursal y el exceso en los plazos de ejecución de la obra tras las sucesivas prórrogas concedidas. En consecuencia, el Dictamen es desfavorable a la propuesta de resolución contractual formulada por el Ayuntamiento de Murcia, toda vez que el procedimiento ha finalizado por caducidad, siendo lo procedente que así se declare expresamente, sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo con la misma finalidad, en cuyo caso debería atender a la causa de resolución que, con anterioridad a las demás, se hubiera perfeccionado.

VIGÉSIMO.- Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 18 de abril de 2012, se declara la caducidad del procedimiento de resolución contractual y se incoa uno nuevo sobre la base del abandono de las obras por parte del contratista.

En el mismo acuerdo se confiere trámite de audiencia al contratista y su avalista, con advertencia expresa de que la resolución del contrato conllevará la incautación de la garantía definitiva constituida, y se ordena iniciar pieza separada de liquidación de las obras.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Notificado el anterior acuerdo a los interesados, el contratista presenta, con fecha 30 de abril, escrito de alegaciones para oponerse a la resolución contractual, reiterando lo ya señalado en sus anteriores escritos de alegaciones. Insiste en que a 11 de agosto de 2011, el contrato estaba íntegramente cumplido, restando por certificar únicamente 20.715,52 euros. Por otra parte, desde la última certificación de obra emitida por la contratista, *"las partes estaban negociando variaciones en la obra cuyo importe se iba a tramitar a cambio de mejoras, sin que se hubiese llegado a ningún acuerdo"*. En cualquier caso, para ejecutar esas variaciones era necesario modificar el contrato, por los trámites de la legislación aplicable, por lo que la paralización de la obra y el incumplimiento de los plazos de ejecución no le resultan imputables.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- El 30 de mayo, la Oficina Técnica de Proyectos emite informe en el que recuerda que durante la ejecución del contrato se concedieron sucesivas prórrogas a solicitud de la empresa y motivadas en los cambios sobrevenidos, considerando que, por ello, el retraso en la finalización de las obras no es imputable a las indicaciones hechas a la mercantil por la Dirección Facultativa.

VIGÉSIMO TERCERO.- El 28 de junio, los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento emiten informe favorable a la resolución contractual por abandono de las obras por parte del contratista.

VIGÉSIMO CUARTO.- El 11 de julio, la Dirección facultativa de la obra emite informe valorativo del coste imputable al retraso en las obras y al necesario para terminar su ejecución. Señala que sobre el precio del contrato, adjudicado en 771.417,01 euros, a 11 de agosto de 2011 se habían certificado trabajos por valor de 750.701,49 euros, restando por certificar 20.715,52 euros. De conformidad con el contrato, el contratista se comprometía a ejecutar mejoras por importe de 371.588,12 euros. Sobre estas mejoras se señala en el informe que *"tal como se había estipulado de palabra antes de la formalización del contrato, se iban a realizar modificaciones de común acuerdo de dichas mejoras, de forma que fuesen operativas y de interés para este Ayuntamiento y para el posterior desarrollo de la obra de terminación del edificio (...) estas mejoras se formalizarían documental y reglamentariamente una vez cerrados los acuerdos entre -- y la Dirección Técnica antes de tener conocimiento del concurso de acreedores, algunas de estas mejoras se han realizado por parte de -- para no entorpecer la marcha de los trabajos y porque en algunos casos era obligatorio efectuarlas antes de ejecutar ciertas unidades de la estructura contratada..."*. El valor de las mejoras ya ejecutadas asciende a 142.890,49 euros, por lo que restaría un total de 228.697,63 euros de mejoras pendientes de ejecutar.

VIGÉSIMO QUINTO.- El 16 de julio de 2012, se emite informe-propuesta del Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial del Ayuntamiento, para resolver el contrato por abandono de las obras por parte del contratista e incautar la garantía definitiva al considerar que el incumplimiento ha de calificarse de culpable.

VIGÉSIMO SEXTO.- Sobre la base del informe reseñado en el hecho anterior, y a propuesta del Concejal Delegado de Contratación y Patrimonio, la Junta de Gobierno Local, en sesión de 18 de julio, acuerda dar traslado del expediente de resolución contractual a este Consejo Jurídico, *"ampliar de conformidad con el artículo 42.5, letra c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo máximo legal para resolver el procedimiento en un mes y medio"* y dar traslado de la resolución al contratista.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- El 4 de septiembre, el Consejo Jurídico evacua el Dictamen 198/2012, que informa favorablemente la propuesta de resolución del contrato por incumplimiento de la obligación esencial del contratista de ejecutar la obra, si bien no procede incautar la garantía constituida por aquél, toda vez que, aun siendo imputable al mismo la resolución del contrato por incumplimiento de una obligación esencial, no cabe calificarlo de culpable.

En el Dictamen se advertía, asimismo, que, en atención al momento en que se había suspendido la tramitación del procedimiento de resolución contractual con motivo de la formulación de la consulta, y para evitar de nuevo la caducidad del procedimiento, el Ayuntamiento habría de notificar al contratista la resolución del contrato el mismo día en que se recibiera el Dictamen, lo que tuvo lugar el 10 de septiembre.

No consta que en dicha fecha se notificara al contratista la oportuna resolución.

VIGÉSIMO OCTAVO.- El 19 de septiembre, la Junta de Gobierno municipal acuerda declarar la caducidad del procedimiento de resolución contractual e incoar uno nuevo -el tercero-, sobre la base del incumplimiento por parte del contratista de su obligación esencial de ejecutar la obra en plazo. De esta resolución se da audiencia al contratista, a su avalista y a los administradores concursales.

En el mismo acuerdo se inicia pieza separada de liquidación del contrato, en la que se decidirá sobre la procedencia o no de la incautación de la garantía.

VIGÉSIMO NOVENO.- Notificado, el 1 de octubre, el anterior acuerdo a la contratista, formula oposición a la resolución contractual, mediante escrito de alegaciones registrado en el Ayuntamiento cinco días más tarde, en el que reitera los motivos de oposición formulados durante el trámite de audiencia del procedimiento caducado.

TRIGÉSIMO.- El 15 de octubre, el Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial del Ayuntamiento consultante, emite informe propuesta de resolución del contrato por incumplimiento de la obligación esencialísima del adjudicatario de ejecutar la prestación objeto del contrato, dejando a lo que resulte de la pieza separada de liquidación del contrato la decisión relativa a la incautación o no de la fianza.

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 22 de octubre de 2012.

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 198/2012, 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 y que caducó al no notificar el Ayuntamiento al contratista la resolución extintiva del contrato antes del transcurso máximo establecido para ello.

SEGUNDA.- Sobre la causa de resolución contractual invocada: concurrencia.

Como ya señalamos en nuestro Dictamen 198/2012 (y antes en el 67/2012), en el supuesto sometido a consulta concurren hasta tres causas de resolución diferentes que, ordenadas conforme a un criterio de prioridad cronológica, son las siguientes:

- a) El abandono de las obras, certificado por la Oficina Técnica de Proyectos el 13 de octubre 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 f, LCSP).
- b) La declaración de concurso voluntario de acreedores, por auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia, de 24 de octubre de 2011 (art. 206, letra b, LCSP).
- c) La demora en la ejecución de la obra (arts. 196.4 y 206, letra d, 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 28 de septiembre de 2011 y fija como fecha de finalización el 8 de diciembre de 2011.

A este respecto, como de forma reiterada viene señalando este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 169/2007), debe recordarse lo señalado 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, como aquí ocurre, aun no habiendo finalizado el plazo de ejecución, se había acreditado el abandono de las obras por el contratista, 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".*

A la luz de lo expuesto, la causa que primero ocurre 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.

En efecto, de conformidad con el informe de la Oficina Técnica de Proyectos del Ayuntamiento de 13 de octubre de 2011, a dicha fecha *"la obra está parada ya que -- está en concurso de acreedores"*. Del precio del contrato (771.417,01 euros) sólo restan por certificar trabajos por valor de 20.715,52 euros, si bien las mejoras contempladas en la oferta de la adjudicataria sólo se habrían ejecutado parcialmente (142.890,49 euros de los 371.588,12 ofertados). A la fecha del informe, se indica que *"ha sido imposible mantener contactos con el personal de -- ya que según nuestras noticias han sido despedidos en su totalidad"*.

De dicho informe se desprende que, al contrario de lo que afirma la empresa, a dicha fecha la obra no se había completado, pues aún restaban por ejecutar trabajos por valor de 20.715,52 euros y mejoras por importe de 228.697,6 euros.

Estos datos son confirmados por el Coordinador de Seguridad y Salud que, en escrito dirigido al Ayuntamiento de fecha 26 de octubre de 2011, afirma que las obras están ejecutadas aproximadamente en un 95%, y que se ha producido un cese de actividad en la obra debido a un expediente de regulación de empleo que ha afectado a la plantilla de la adjudicataria.

En la misma fecha, la mercantil comunica al Ayuntamiento que ha solicitado la declaración de concurso voluntario de acreedores y ha presentado expediente de regulación de empleo sobre el 100% de su plantilla, resultando imposible *"continuar con los trabajos de ejecución objeto del contrato"*.

A la luz de lo expuesto, cabe concluir que, con independencia de las vicisitudes en la ejecución de los trabajos que motivaron la concesión de sucesivas prórrogas al contratista, lo cierto es que a fecha 13 de octubre de 2011 las obras están paradas, sin que puedan considerarse totalmente realizadas, como de hecho reconoce la propia mercantil al señalar que no le es posible continuar con los trabajos de ejecución, y como también se advierte por la Dirección de la obra, al poner de manifiesto el importe de los trabajos pendientes de certificar y de las mejoras

ofertadas por el contratista y no ejecutadas aún.

Esta paralización de las obras y la imposibilidad de terminarlas constituye un incumplimiento de obligaciones esenciales del contratista, que ampara la resolución del contrato en aplicación de lo establecido en el artículo 206, letra f) LCSP.

La concurrencia de esta causa de resolución conlleva también como efecto anudado la demora en la ejecución del contrato, la cual sólo podría apreciarse el 19 de diciembre de 2011, una vez finalizada la última de las prórrogas concedidas por el Ayuntamiento. El perfeccionamiento de aquélla antes de la declaración de la empresa en concurso de acreedores por auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de los de Murcia, de fecha 24 de octubre de 2011, determina que la Corporación consultante haya de acogerse a la primera de las causas concurrentes para declarar resuelto el contrato.

TERCERA.- Sobre los efectos de la resolución contractual.

Cabe remitirse a lo señalado en el Dictamen 198/2012, acerca de la improcedencia de incautar la garantía constituida por el contratista, toda vez que el incumplimiento obligacional que determina la resolución del contrato no puede ser considerado culpable.

I. De la incautación de la garantía.

Decíamos en aquella ocasión que, como justificación del incumplimiento, el contratista señala que, desde la última certificación de obra expedida en agosto de 2011, Administración y empresa estaban negociando variaciones en el contrato con cargo a las mejoras ofertadas por la empresa y que, si no se continuaba la ejecución de la obra, era porque las partes no alcanzaban un acuerdo.

Cabe considerar que tales circunstancias podrían justificar un retraso en el desarrollo de los trabajos, lo que fue aceptado por el Ayuntamiento, que procedió a otorgar las correspondientes prórrogas de ejecución, al estimar que la demora en el ritmo de los trabajos no era imputable a la contratista. Ahora bien, lo que no pueden amparar esas negociaciones informales entre las partes del contrato es la paralización y, a la postre, el abandono de la obra, que de facto se produce por la delicada situación económica de la empresa contratista, que culmina solicitando el concurso de acreedores y extinguiendo la relación laboral de todos sus empleados, haciendo imposible la continuación de los trabajos.

El análisis de la incidencia de estas alteraciones en la obra contratada ha de partir de la constatación de 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 parece, variaciones importantes

cualitativa y cuantitativamente sobre las formalmente aprobadas. Dicho esto, estas modificaciones sobre el Proyecto inicial únicamente podrían amparar una paralización de los trabajos si fuera necesaria su ejecución con carácter previo a la de la estructura contratada; pero, de conformidad con el informe del Arquitecto Técnico de 11 de julio de 2012, precisamente estas mejoras ya se habían realizado *"para no entorpecer la marcha de los trabajos y porque en algunos casos era obligatorio efectuarlas antes de ejecutar ciertas unidades de la estructura contratada"*.

Antes bien, el abandono de las obras por parte del contratista se debe a su delicada situación económica. 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.

No obstante, aunque cabe considerar que el incumplimiento por la empresa de su obligación de ejecutar la obra responde a causas a ella imputables, no ha de olvidarse que la actuación del Ayuntamiento, que acuerda de manera verbal con la contratista una alteración de las mejoras ofertadas, pero no llega a formalizar dichas modificaciones (informe de la Dirección facultativa de la obra, folio 179 el expediente), impide calificar el incumplimiento de la empresa como culpable, pues las dilaciones en la negociación y determinación de qué trabajos habían de realizarse con cargo a las indicadas mejoras -retrasos que no serían imputables, al menos en su integridad, a la contratista-, posibilitaron que la situación económica de ésta finalmente impidiera culminar los trabajos contratados.

En nuestros Dictámenes nº 103/2003 y 220/2010, entre otros, recogíamos el criterio jurisprudencial y doctrinal sobre la procedencia, en determinados casos, de excluir la pérdida de la fianza aun habiéndose decretado la resolución del contrato por causa imputable al contratista. Así, expresábamos lo siguiente:

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

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

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

"... no ocurre lo mismo en cuanto a pérdida de la fianza también acordada en los conjugados actos administrativos objeto de la actual impugnación contenciosa; pues tal privación expropiatoria del bien económico sujeto a carga real con causa obligacional, requiere para su efectividad la agregación del factor subjetivo de la culpa o relación psicológica de causalidad entre agente y hecho determinante de la resolución, como así, acudiendo al aquí relevante elemento teleológico de interpretación (artículo 3.1 del Código Civil), resulta de los artículos 53 de la Ley y 160 y 168 del Reglamento mencionado, sistemáticamente coordinados con los preceptos de anterior cita; de tal

manera que, en la metodología de aplicación de las incautaciones de fianza y aparte el caso de cláusula penal, no cabe reducción al simplismo de la antítesis, o culpa de contratista, o culpa de la Administración contratante, cuando es legítima la resolución; pues ese reduccionismo conduciría a una infundada presunción de culpa en función del sólo hecho de incumplimiento contractual determinante de la resolución, cuando, sujeto el cumplimiento del contrato al principio general de buena fe (artículo 1.258 del Código Civil), que abre un margen de ponderación de circunstancias objetivas, concluyentes de culpa en su citada y distinta acepción subjetiva, que tanto obliga a la Administración, como vincula al Tribunal revisor, a valorar en su conjunto el ámbito circunstancial en que la conducta de incumplimiento se produce para incautar o no la fianza...".

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

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

En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que no procede incautar la garantía constituida por el contratista, toda vez que, aun siendo imputable al mismo la resolución del contrato por incumplimiento de una obligación esencial, no cabe calificarlo de culpable.

II. De la pieza separada de liquidación de las obras como sede para decidir sobre la pérdida o devolución de la garantía.

Ante la improcedencia de incautar la garantía en los términos previstos en el artículo 208.4 LCSP, el Ayuntamiento pretende acordar una especie de retención provisional de la misma, al dejar a la pieza separada de liquidación de las obras la decisión acerca del destino de la garantía, relegándola a un procedimiento contradictorio que, cuando la Administración pretende continuar las obras objeto del contrato resuelto, como aquí ocurre, ha de tramitarse en el seno del de resolución contractual (art. 172 RCAP), aunque, de ordinario, suele acabar con posterioridad al mismo.

Como ya se indicó en el Dictamen 198/2012, la intención del Ayuntamiento es continuar la obra por sus propios medios, por lo que procede la liquidación del contrato y actuar conforme a lo establecido en los artículos 222 LCSP y 172 RCAP, es decir, proceder a la comprobación y medición de las obras ya realizadas (consta que se han ejecutado en torno a un 95% de las proyectadas), especificando las que sean de recibo y fijando los saldos pertinentes en favor o en contra del contratista. A ello se dirige la pieza separada de liquidación de las obras que el Ayuntamiento pretende iniciar en el mismo acto por el que se resuelva el contrato, de donde se deduce sin dificultad que la liquidación de las obras y, en consecuencia, la decisión acerca de la garantía se producirá con posterioridad a la resolución contractual. Por ello, la garantía permanecerá, al menos temporalmente, en poder de la Administración una vez resuelto el contrato, a modo de retención provisional y como instrumento de aseguramiento de las obligaciones que para el adjudicatario se deriven de la liquidación del contrato.

Cabe advertir, entonces, una finalidad cautelar que encontraría su fundamento en el artículo 72 LPAC, supletoriamente aplicable, y cuya vigencia en el seno de los procedimientos de resolución contractual ha aceptado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos, 16 y 147/2011), si bien en todos ellos se trataba de asegurar la responsabilidad del contratista por los eventuales daños y perjuicios que hubieran podido irrogarse a la Administración como consecuencia de un contrato resuelto por incumplimiento culpable del contratista y cuya determinación no se realiza en el mismo procedimiento de resolución, sino que se difiere a uno contradictorio posterior.

Similar naturaleza cautelar, *mutatis mutandi*, puede advertirse en la pretensión del Ayuntamiento consultante de dejar la decisión sobre la garantía a lo que resulte de la liquidación de las obras, lo que no es irrazonable toda vez que es, precisamente con ocasión de este trámite liquidatorio, cuando la Administración puede establecer con seguridad si concurren las responsabilidades que pretende cubrir con la garantía, pues sólo entonces se fija de modo definitivo qué obras se han realizado efectivamente y en qué medida se han ejecutado correctamente.

Ahora bien, en tal supuesto, la pieza separada de liquidación de las obras no debe decidir, como señala la propuesta de resolución, si se incauta la garantía (expresión estrechamente vinculada a la pérdida de la garantía como consecuencia del incumplimiento culpable del contratista -artículo 88, letra c, LCSP- lo que ya se ha descartado), sino más bien, si procede su ejecución en atención a las responsabilidades a que está afecta ex artículo 88, letra b) LCSP, o si, por el contrario, ha de ser devuelta o cancelada de conformidad con lo establecido en el artículo 90 del mismo texto legal.

Comoquiera que el mantenimiento de la vigencia de la garantía constituida por aval bancario es susceptible de generar importantes costes al contratista, tales determinaciones han de llevarse a cabo por la Administración consultante en los plazos más breves posibles, sin olvidar que el artículo 172.3 RCAP exige que la liquidación se notifique al contratista al mismo tiempo que el acuerdo de resolución del contrato. No desconoce el Consejo Jurídico la dificultad de cumplir con esta regla, dado el siempre escaso plazo de tramitación del procedimiento de resolución del contrato; no obstante, las especiales circunstancias que concurren en el supuesto sometido a consulta, en el que por dos veces ha sido preciso iniciar un nuevo procedimiento tras caducar el anterior, podrían

facilitar su observancia.

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, sin incautación de la garantía prestada, por las razones expresadas en las Consideraciones Segunda y Tercera del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

