



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **162/2013**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 12 de junio de 2013, 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 27 de mayo de 2013, sobre Resolución de contrato relativo a pavimentación de calzadas y aceras en Barriomar y otras. Barriomar-La Purísima, adjudicadas a la empresa -- (expte. **192/13**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 23 de diciembre de 2010, previa la oportuna tramitación, se formalizó entre el Ayuntamiento de Murcia y la mercantil -- (la contratista), un contrato administrativo para la ejecución de las obras de pavimentación de calzada y aceras en Barriomar-La Purísima, de Murcia, por un precio total de 84.529,30 euros (IVA incluido) y un plazo de ejecución de cuatro meses a contar desde la fecha de la firma del acta de comprobación del replanteo.

Por la contratista se procedió a la constitución de la garantía definitiva por importe de 3.581,75 euros.

El acta de replanteo se formalizó el 22 de febrero de 2011, por lo tanto el plazo para la ejecución de las obra finalizaba el 22 de junio de 2011.

SEGUNDO.- Mediante escrito de 24 de enero de 2012, es decir, siete meses después de que finalizara el plazo de ejecución de la obra, la contratista solicitó la cesión de la ejecución de la obra a la mercantil --. Al escrito de solicitud de autorización se unió documento por el que esta última empresa aceptaba la cesión.

TERCERO.- El 27 de febrero de 2012 el Ingeniero Jefe del Servicio de Calidad Urbana de la entidad local, emite informe en el que manifiesta que *"han sido numerosos los intentos de contactar con el contratista sin éxito. Dado que no es posible contactar con el contratista, y ante el incumplimiento del plazo de ejecución del contrato, se solicita que se le requiera para la finalización de la obra"*.

El informe fue remitido a la contratista con el fin de que, en el plazo de diez días, formulase las alegaciones que

estimase pertinentes, sin que dicha circunstancia llegara a producirse.

CUARTO.- El 20 de abril de 2012 el Director Técnico de la Obra emite el siguiente informe:

"Realizada visita técnica a la obra de "PAVIMENTACIÓN DE CALZADA Y ACERAS EN CALLE BARRIOMAR Y OTRAS. BARRIOMAR-LA PURÍSIMA", adjudicado a --, se han comprobado los trabajos realizados después de la última certificación remitida, por lo que se ha realizado una Certificación 2ª por importe de 10.229,03 euros.

Dada la imposibilidad de contactar con la citada empresa, y quedando por ejecutar 30.866,84 euros correspondiendo este importe a los trabajos de aglomerado de diversos carriles, se solicita:

- La resolución del contrato de obras de "PAVIMENTACIÓN DE CALZADA Y ACERAS EN CALLE BARRIOMAR Y OTRAS. BARRIOMAR-LA PURÍSIMA" a la empresa --, debido al incumplimiento del contrato cuyo plazo de ejecución era de 4 meses (con fecha prevista de finalización en junio de 2011).

- Iniciar la correspondiente ejecución de la fianza por los daños y perjuicios causados a este Ayuntamiento por dicho contratista.

- Que una vez resuelto dicho contrato, se inicie la nueva contratación de las obras de "Pavimentación de calzada y aceras en calle Barriomar y otras. Barriomar-La Purísima" a un nuevo contratista por el importe de 30.866,84 euros.

- Informar que para la ejecución del nuevo contrato, el Director de las Obras será el Ingeniero de Caminos x".

QUINTO.- La Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Murcia, en sesión celebrada el 2 de mayo de 2012, acordó iniciar la resolución del contrato, dado el incumplimiento contractual en el que había incurrido la empresa.

El acuerdo se trasladó a la contratista y a la empresa avalista. La primera de ellas mediante escrito de fecha 21 de mayo de 2012, se opuso a la resolución del contrato. En síntesis la mercantil manifiesta que desde el día 24 de enero de 2012 tenía solicitada la autorización para la cesión del contrato, sin que el Ayuntamiento haya dado respuesta a tal pretensión. Que el silencio por parte de la Administración, unido a la mala situación económica que atraviesa la empresa, obligó a ésta a la paralización de las obras, aunque manifiesta tener ejecutada la mayor parte de ellas, incluso con exceso de lo proyectado.

SEXTO.- Recibido este escrito la Corporación Local, mediante acuerdo de su Junta de Gobierno de 6 de junio de 2012, denegó la autorización de la cesión solicitada, basándose para ello en el hecho de que se hubiesen dictado por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Murcia y por la Tesorería de la Seguridad Social, diligencias de embargo contra la contratista. Además, se señala que ante el informe de los técnicos correspondientes que evidencian el

incumplimiento del plazo para la finalización de las obras se va a proceder al inicio del correspondiente expediente de resolución contractual.

SÉPTIMO.- En su reunión del día 6 de marzo de 2013, la citada Junta de Gobierno declaró la caducidad del procedimiento de resolución contractual, al haber transcurrido más de tres meses desde su incoación sin que se haya producido la notificación de su resolución. Asimismo se acuerda incoar, con esa misma fecha, un nuevo procedimiento de resolución *"por el incumplimiento del plazo total fijado para la ejecución del contrato por parte del adjudicatario"*, causa tipificada expresamente como de resolución del contrato en el artículo 196.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), con incautación de la garantía definitiva, sin perjuicio de la subsistencia de responsabilidad de la contratista en lo que se refiere al importe de los daños que exceda del de la garantía.

En relación con los posibles daños ocasionados por el incumplimiento contractual, figura incorporado al expediente informe emitido por el Técnico Director de la Obra, en el que se manifiesta que *"el importe disponible para la ejecución de las unidades de obra que quedan sin ejecutar es de 30.866,84 euros. De acuerdo con el proyecto redactado, el valor de la ejecución de dichas obras es de 49.503,65 euros. Existe una diferencia de 18.636,80 euros de la que no se dispone para poder ejecutar la totalidad de la obra, siendo ésta el perjuicio económico ocasionado al Ayuntamiento"*.

OCTAVO.- Notificado el anterior acuerdo a los interesados (contratista y avalista), la primera presenta escrito de alegaciones mediante las que pone de manifiesto las siguientes circunstancias:

1.º Se ratifica en las alegaciones que presentó en el procedimiento de resolución contractual que ahora ha caducado, por considerar que resultan de plena aplicación a este nuevo procedimiento.

2.º Adjunta copia del recurso de reposición interpuesto contra la denegación de la cesión que se había solicitado, fundamentado en las siguientes argumentaciones:

a) Que las órdenes de embargo se constriñen a las cantidades devengadas o que se devenguen por la empresa.

b) Que si la empresa embargada deja de cumplir el contrato por la difícil situación económica, no se ejecutará obra y, por lo tanto, no se extenderán certificaciones ni se efectuará su pago, con lo que los embargantes en nada se beneficiarían de la falta de cesión.

c) Que la pretendida resolución con incautación de la fianza sí que supone un perjuicio para los embargantes que, en otro caso, podrían beneficiarse de su importe.

Frente a estas alegaciones el Técnico Director de la obra emite, el 24 de abril de 2013, informe ratificándose en los emitidos con anterioridad.

NOVENO.- Con posterioridad se le vuelve a notificar a la contratista la incoación del nuevo procedimiento de resolución contractual acordado por la Junta de Gobierno el día 6 de marzo de 20013. También en esta ocasión comparece la empresa para ratificarse en sus anteriores alegaciones y para señalar que, dado el tiempo transcurrido desde que se produjo el incumplimiento contractual, se habría producido la prescripción del derecho de la Administración para resolverlo.

DÉCIMO.- Se incorporan al expediente los siguientes informes:

- De la Jefa del Servicio de Contratación de la Entidad Local, en el que, tras resumir los hechos y las actuaciones practicadas, concluye indicando la conveniencia de elevar a la Junta de Gobierno Local propuesta en el siguiente sentido:

1. Resolver el contrato formalizado con la contratista, por incumplimiento del plazo de ejecución.
2. Incautar la garantía definitiva constituida en su día.
3. Iniciar pieza separada de liquidación de las obras.
4. Determinar como daños causados los que se reflejan en el informe emitido por el Director Técnico de las obras, que los valora en 18.636,80 euros.

- De la Directora de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento, en el que se describen las actuaciones que se han llevado a cabo en el expediente y concluye que, al haberse formulado oposición por la contratista, resulta preceptivo el Dictamen de este Órgano Consultivo.

UNDÉCIMO.- El 22 de mayo de 2013 la Junta de Gobierno acuerda solicitar Dictamen preceptivo al Consejo Jurídico de la Región de Murcia y suspender el plazo máximo de tres meses para resolver y notificar la resolución del presente procedimiento.

DUODÉCIMO.- En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, remitiendo las actuaciones realizadas, conforme con lo expresado en los previos Antecedentes, adjuntando asimismo diversa documentación del expediente de contratación de las obras.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, por versar sobre una propuesta de resolución de un contrato administrativo a la que ha formulado su oposición el contratista, concurriendo con ello el supuesto previsto en el 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) y 12.7 de la Ley regional 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Normativa de aplicación y cuestiones procedimentales.

I. Normativa de aplicación.

Dentro de las prerrogativas que ostenta el órgano de contratación 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 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, entre otros), 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 el 22 de diciembre 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).

En consecuencia, el contrato formalizado el 23 de diciembre de 2010 ha de regirse en su cumplimiento, efectos y extinción por la LCSP.

Por otra parte, como ha indicado este Consejo Jurídico en varios Dictámenes (por todos el núm. 147/2012), 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 del Ayuntamiento consultante el 6 de marzo de 2013.

II. Procedimiento seguido y plazo para resolver.

1. Se advierte que el órgano consultante no ha adjuntado los preceptivos extracto de secretaría e índice numerado de los documentos que conforman el expediente, requeridos en caso de consulta a este Consejo Jurídico por el artículo 46 de su reglamento, aprobado por Decreto regional 15/1998, de 2 de abril.

2. El examen de las actuaciones remitidas permite afirmar que se han seguido los trámites sustanciales establecidos en la LCSP y normativa de desarrollo para este tipo de procedimientos de resolución de contratos administrativos, concediendo audiencia tanto a la contratista como a la entidad avalista.

Sin perjuicio de lo anterior, se formulan las siguientes observaciones:

a) A tenor de lo establecido en el artículo 239 TRLCSP el procedimiento de liquidación del contrato de obras es posterior al de su resolución, debiendo, luego de ésta, el órgano de contratación proceder de acuerdo con lo establecido en dicho precepto, por lo que no procede incluir pronunciamiento alguno sobre este aspecto en el presente procedimiento resolutorio.

b) La propuesta que se somete a Dictamen de este Órgano Consultivo no concreta en su parte dispositiva las causas de resolución sobre las que se apoya el procedimiento, ni contiene pronunciamiento alguno sobre la procedencia de la incautación de la fianza. No obstante, al mencionar, en la parte expositiva, que el procedimiento trae causa del acuerdo de la Junta de Gobierno de la Corporación Local adoptado en su sesión del día 6 de marzo de 2013, en el que tales circunstancias sí que se especifican, este Consejo Jurídico, en aras al principio de eficacia, procede a emitir su Dictamen sobre el fondo del asunto.

3. Por lo que se refiere al plazo máximo de tres meses para dictar y notificar la resolución del procedimiento, iniciado éste el 6 de marzo de 2013 (Antecedente Séptimo), dicho plazo quedó suspendido el 22 de mayo de 2013 (Antecedente Undécimo). Ahora bien, hay que tener en cuenta que la suspensión solamente operará si se ha comunicado a los interesados, circunstancia que no consta acreditada en el expediente. El plazo para resolver se reanudará cuando el órgano consultante reciba el presente Dictamen, de acuerdo con 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), que deberá ser comunicado, igualmente, a la contratista y al avalista.

El hecho de que, en atención a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consolidada a partir de 2008, esta clase de procedimientos sean susceptibles de caducidad (Dictámenes de este Consejo Jurídico núms. 90, 96 y 181 de 2009, entre otros), obliga al órgano competente a dictar y notificar la resolución procedente antes del transcurso de los indicados plazos, pues en caso contrario habría que declarar la caducidad del procedimiento, sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo.

TERCERA.- Procedencia de resolver el contrato por incumplimiento imputable al contratista de su obligación esencial de ejecutar las obras en plazo.

De los antecedentes reseñados se desprende que el día 27 de febrero de 2012 (es decir, ocho meses después de haber finalizado el plazo de ejecución) el técnico director de las obras indica que la contratista ha dejado de realizar las obras, sin que haya logrado contactar con ella para instarle su finalización. Esta situación de abandono

de la obra continuó a pesar de que por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento se le instó a que continuase con las mismas.

Esta conducta de la empresa contratista supone el incumplimiento de una de las obligaciones contractuales esenciales, ya que la obligación principal del contratista es la ejecución de la obra.

Se alega por la Administración contratante como causas de resolución las previstas en los artículos 212.4 y 223.d) TRLCSP (equivalentes a los artículos 196.4 y 206.d) LCSP, norma aplicable al supuesto que nos ocupa, tal como se razona en el apartado I de la Consideración Segunda). El artículo 196.4 LCSP faculta a la Administración para acordar la resolución del contrato cuando el contratista, por causas a él imputables, hubiera incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total. Por su parte, el apartado d) del artículo 206 establece como causa de resolución del contrato la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

De los informes que obran en el expediente y de la propia declaración de la empresa contratista que alega no estar en condiciones de continuar con la ejecución de la obra, se desprende que éstas no pueden finalizarse ni con la concesión de prórroga. Esta circunstancia, junto al hecho de que la contratista se encuentre en una delicada situación económica (aunque no se especifique claramente, de lo actuado se puede inferir que la empresa está incurso en concurso de acreedores -vid apartado tercero del Acuerdo de la Junta de Gobierno de 22 de mayo de 2013, que obra al folio 59 del expediente-), pone de manifiesto el incumplimiento total del plazo y la imposibilidad de que las obras puedan llevarse a término, lo que faculta a la Administración para resolver el contrato.

Por otro lado, no cabe, tal como alega la contratista, la posibilidad de cesión del contrato cuyo plazo de ejecución ya ha expirado y que está incurso en causa de resolución por incumplimiento culpable (cuando la solicitud de autorización de cesión se produce, el 24 de enero de 2012, ya habían transcurrido siete meses desde la fecha fijada para la finalización de las obras). En este sentido conviene traer a colación el informe de la Junta Consultiva de Contratación 39/1978, de 22 de noviembre (citado en el Informe de la Intervención General de la Administración del Estado, de 29 de abril de 1996), en el que se afirma que *"la cesión del contrato, como instrumento técnico que permite su circulación o tráfico en cuanto bien o valor jurídico en sí mismo considerado, es la transferencia negocial a un tercero, el cesionario, del conjunto de posiciones contractuales constituidas en la persona de uno de los originarios contratantes, el cedente, de tal forma que a través de dicha sustitución negocial del tercero en la posición de parte del contrato y el lugar del cedente, dicho tercero subentra en la totalidad de los derechos y obligaciones que, en su orgánica interdependencia, se deriven del contrato estipulado por el cedente"*. También el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de abril de 1984, dictada con ocasión de un supuesto similar al que nos ocupa, afirma que *"en cuanto a la queja formulada por la recurrente, de que el Cabildo no acogiera su propuesta de cesión del contrato a un tercero, respecto de la obra pendiente de ejecución, es de anotar que ello requiere en todo caso autorización de la Administración, conforme a lo establecido en el art. 52-2-c) del Regl. de Contratación de las Corporaciones Locales, de 9 enero 1953, y, sobre todo, que esa propuesta de cesión se propone un tanto tardíamente, cuando la obra estaba paralizada, las prórrogas habían transcurrido con exceso, y la situación reunía todas las condiciones para que, como hizo el Cabildo Insular, el contrato se rescindiera; circunstancia que priva de base a una operación novatoria del negocio jurídico, en cuanto éste ha entrado, por lo menos, en fase de extinción"*. La Administración no puede, pues, autorizar la cesión del contrato en este momento, pues la solicitud es tardía y priva de base a una operación novatoria del negocio jurídico.

De todo ello se concluye que el contratista ha incumplido culpablemente la obligación esencial de todo contrato, que es ejecutar lo pactado en el plazo fijado para ello, lo que le hace incurrir en la causa de resolución prevista en el artículo 206, d) LCSP.

CUARTA.- Efectos de la resolución contractual.

I. En cuanto a los efectos de la resolución contractual, de conformidad con lo establecido en el artículo 90.1, interpretado *a sensu contrario*, y el 208.4 LCSP, procede acordar la incautación y pérdida de la garantía prestada.

II. En lo que respecta al resarcimiento de los daños que el incumplimiento contractual pueda generar, el citado 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 responsabilidad de aquél en lo que exceda del importe de dicha garantía.

Respecto de la valoración de estos daños cabe recordar la ya asentada doctrina de este Órgano Consultivo, en el sentido de que los daños provocados por el retraso en la ejecución de las obras, han de ser, en el momento de producirse la resolución, reales (no hipotéticos) y de cuantificación posible y cierta, naturaleza esta última que no resulta predicable de los que se señalan en el informe obrante al folio 38, pues se refieren a posibles daños cuya concreción se difieren a circunstancias futuras (una posible nueva contratación de las obras no ejecutadas) y, por lo tanto, no cabe considerarlos acreditados aún.

Por otro lado, es reiterada doctrina del Consejo de Estado (por todos, Dictamen 822/1993), de la que es tributaria la de este Consejo Jurídico (entre otros, Dictamen 185/2009), que la fijación de daños y perjuicios a indemnizar se lleve a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada y previa audiencia al contratista (art. 113 RCAP). Es decir, se requiere un específico expediente contradictorio en el que se oiga al contratista, y se permita que éste exponga adecuadamente las razones que considere convenientes en defensa de su derecho, expediente que, normalmente, será un procedimiento *ad hoc* y posterior al expediente mismo de la resolución, con la finalidad de fijar con la mayor exactitud posible el importe de los daños, incluyendo todos los producidos hasta el instante mismo de la resolución del contrato.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede acordar la resolución del contrato de obras suscrito con la mercantil --, al amparo de lo dispuesto en el artículo 206, d) LCSP, con incautación de la garantía definitiva y, en su caso, indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de dicha garantía, todo ello en los términos que se indican en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

SEGUNDA.- La propuesta de resolución objeto de Dictamen, en la medida en que propone la resolución del contrato por la causa y fundamentos expresados en la anterior conclusión, se informa favorablemente; aunque por las razones que se contienen en la Consideración Cuarta se debe suprimir la referencia a los daños y perjuicios ocasionados a la Administración, pues los mismos, cuando efectivamente se produzcan, deberán ser objeto de fijación en expediente contradictorio en los términos del artículo 113 RCAP.

No obstante, V.E. resolverá.

