



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **223/2014**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 21 de julio de 2014, 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-Presidente del Ayuntamiento de Murcia, mediante oficio registrado el día 17 de junio de 2014, sobre resolución del contrato de obras de renovación de fachadas en el Mercado Municipal de San Andrés, de Murcia, adjudicado a la empresa "--" (expte. **185/14**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 4 de diciembre de 2013, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Murcia, previa la correspondiente licitación, adjudicó, mediante subasta, a "--" el contrato de ejecución de obras de renovación de fachadas en el Mercado Municipal de San Andrés (Murcia), por un precio de 95.761,00 euros (IVA incluido) y un plazo de ejecución de dos meses desde el día siguiente a la expedición del acta de comprobación del replanteo. El contrato fue formalizado el 11 de diciembre de 2013, tras la constitución de una garantía definitiva por importe de 3.908,35 euros.

SEGUNDO.- El 20 de febrero de 2014, la contratista presenta un escrito ante el Ayuntamiento en el que, en síntesis, expone que había analizado las partidas 2.1 y 2.2 del proyecto de obras a ejecutar, aprobado en su día por aquél y que fue examinado previamente a la presentación de su oferta, y que se confió en la exactitud del mismo, resultando que, una vez adjudicado el contrato y cuando la empresa solicitó oferta al proveedor de los materiales a que se refieren dichas partidas, incluso similares a aquéllos, los precios de los mismos exceden notablemente de los previstos en el proyecto, por lo que se produce una alteración del principio de equilibrio económico del contrato que excede del riesgo y ventura que el contratista ha de asumir, que no incluye los casos de riesgo anormal e imprevisible, por lo que se ha producido un "*vicio de consentimiento*" en el contratista que motiva la invalidez del contrato, por lo que solicita su declaración de nulidad y se proceda a la devolución de la garantía prestada. Adjunta a su escrito diversa documentación sobre los precios de los materiales correspondientes a dichas partidas que ha ofrecido el proveedor consultado, "--".

TERCERO.- Solicitado informe al Arquitecto municipal redactor del referido proyecto de obras, fue emitido el 28 de febrero de 2014, en el que expresa, en síntesis, que el 21 de enero de 2014 se extendió, favorablemente se entiende, el acta de comprobación del replanteo; que la baja de la contratista, sin poder ser calificada como de temeraria, según los datos que expresa, era excesiva (pero el procedimiento era mediante subasta); que desde tal fecha la empresa no había ejecutado obra alguna, habiendo siendo requerida verbalmente para su ejecución por la Dirección Técnica, pues no existe ningún impedimento para ello; sobre las alegaciones de la contratista, señala que ésta "*para contrastar la mencionada diferencia significativa de precios, aporta oferta del material mencionado de la marca Kalcip que no es comparable estrictamente con las partidas del proyecto por no tratarse de los*

mismos conceptos". Añade el informe que "en cualquier caso, el proyecto, obviamente, especifica marca <<Kalcip o equivalente>>, no presentando la empresa ofertas de material equivalente de otros proveedores y que la Dirección Facultativa aceptaría, en su caso, una vez verificada la equivalencia entre ambos". Considera el informe que no existe inconveniente en acordar la resolución del contrato, si bien la empresa solicita la declaración de nulidad del mismo, lo que debe ser informado por el Servicio de Contratación.

CUARTO.- El 6 de marzo de 2014 dicho Servicio solicita al reseñado Arquitecto Municipal que informe si hay o no incumplimiento contractual de la empresa a fin de considerar si existe o no causa de resolución del contrato conforme al artículo 223 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

QUINTO.- El 10 de marzo de 2014 dicho Arquitecto Municipal expresa que en su previo informe indicó que la contratista no había siquiera comenzado las obras, sin que existiera impedimento para ello, por lo que, habiendo transcurrido ya la mitad del plazo de ejecución de las obras, la demora en el cumplimiento de los plazos parciales por causas imputables a aquélla hacía presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total (artículo 212 TRLCSP), por lo que podría resolverse el contrato por incumplimiento de la contratista de los plazos contractuales (art. 223, d) TRLCSP).

SEXTO.- El 26 de marzo de 2014, la Junta de Gobierno, a propuesta del Concejal Delegado de Contratación y Patrimonio, acuerda, en síntesis: a) desestimar la solicitud de declaración de nulidad del contrato presentada por el contratista, por no especificar el motivo de nulidad en que se funda y por no concurrir ninguno de los motivos de nulidad previstos en el artículo 37 TRLCSP en relación con el 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC); b) iniciar un procedimiento para acordar la resolución del contrato por incumplimiento por parte del contratista del plazo contractual, con base en los artículos 212 y 223, d) TRLCSP; c) iniciar pieza separada para la determinación de los daños y perjuicios que causara la resolución contractual, otorgando a contratista y avalista un plazo de diez días naturales para audiencia y vista del expediente.

SÉPTIMO.- El 4 de abril de 2014 la contratista presenta un escrito en el que, en síntesis, expone que el escrito presentado por la misma el 20 de febrero de 2014 incurrió en el error de solicitar la declaración de nulidad del contrato, pues lo realmente pretendido era solicitar la resolución de aquél de mutuo acuerdo con el Ayuntamiento; que su intención ha sido en todo momento actuar de buena fe, intentando encontrar unos materiales de similares o equivalentes características a los previstos en el proyecto y asimilables económicamente para la empresa, lo que finalmente no ha sido posible, por lo que finaliza solicitando la resolución del contrato de mutuo acuerdo y la devolución de la garantía.

OCTAVO.- Solicitado informe al Arquitecto Municipal sobre el anterior escrito, el 28 de abril manifiesta remitirse a lo expresado en su informe de 10 de marzo de 2014.

NOVENO.- El 6 de mayo de 2014, la Directora de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento emite informe en el que, tras exponer los antecedentes del caso, indica que, al haberse formulado oposición del contratista a la pretensión municipal de resolver el contrato por incumplimiento imputable al contratista, debe recabarse el preceptivo informe del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

DÉCIMO.- El 7 de mayo de 2014, la Jefa del Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial formula informe- propuesta de resolución del procedimiento, en el que, en síntesis, propone la resolución del contrato por incumplimiento de la contratista de los plazos contractuales, fundada en los artículos 212 y 223, d) TRLCSP, con los efectos previstos en su artículo 225, continuando la tramitación de la pieza separada de determinación de los daños y perjuicios causados por la resolución contractual.

UNDÉCIMO.- El 21 de mayo de 2014, la Junta de Gobierno Local, a propuesta del Concejal Delegado de Contratación y Patrimonio, acuerda que se solicite Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, con suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento, al amparo del artículo 42.5, c) LPAC.

DUODÉCIMO.- El 16 de junio de 2014 se registra de salida en el Ayuntamiento un oficio de su Alcalde en el que solicita de este Consejo Jurídico la emisión de Dictamen, con su extracto e índice reglamentarios, siendo registrado de entrada dicho oficio en este Consejo al día siguiente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una pretensión del Ayuntamiento consultante para declarar la resolución de un contrato administrativo habiéndose formulado oposición del contratista a los términos de la propuesta municipal de resolución contractual, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 211.3, a) TRLCSP.

SEGUNDA.- Procedimiento y competencia para resolver.

I. No hay reparos que oponer al procedimiento tramitado, constando la audiencia de los interesados y los informes preceptivos.

En cuanto al plazo máximo de resolución del procedimiento, de tres meses desde su iniciación (el 26 de marzo de 2014), y siguiendo la doctrina reflejada, entre otros, en nuestros Dictámenes 40/2010, de 22 de febrero, y 208/2011, de 17 de octubre, debe decirse que quedó suspendido cuando se registró de salida el oficio del Alcalde dirigido a este Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, esto es, el 16 de junio de 2014, por cuanto el artículo 42.5, c) LPAC establece que tal plazo quedará suspendido "*desde la petición*" del informe (no desde que tal petición sea comunicada a los interesados, aunque tal comunicación sea necesaria a los efectos informativos de éstos y para que puedan, si lo desean, presentar alegaciones al respecto) y hasta la recepción del informe por el órgano consultante. Siendo así, como en la indicada fecha en que se suspendió el plazo restaban 6 días naturales para su vencimiento (hubiera vencido el 26 de junio de 2014, contado de fecha a fecha, esto es, incluyendo los

inhábiles al tratarse del cómputo de meses, art. 48.2 LPAC), cuando se alce la suspensión con la recepción del presente Dictamen por el Ayuntamiento, éste dispondrá de tales 6 días naturales, a contar desde el siguiente a dicha recepción (art. 48.4 LPAC), para que la Junta de Gobierno Local, órgano de contratación competente, adopte la resolución que proceda y la notifique a los interesados (sin perjuicio de lo previsto en el artículo 48.3 LPAC si el último de tales días naturales fuera inhábil).

II. Sin perjuicio de lo anterior, resulta conveniente analizar la solicitud de declaración de nulidad del contrato formulada por la contratista en su escrito presentado el 20 de febrero de 2014.

Si se examinan los términos de dicho escrito, se aprecia que contiene una verdadera pretensión de que se declare la nulidad del contrato, fundada en un alegado vicio en el consentimiento, motivo que, aun sin cita de precepto jurídico concreto, remite al artículo 1.300, en relación con el 1.261, del Código Civil, alegable en sede de contratos administrativos al amparo del artículo 36 TRLCSP. Cuestión distinta es, por un lado, la operatividad de tal motivo en los contratos administrativos, en general, y, particularmente, en el caso de que se trate; y, por otro, que, con posterioridad a la formulación de tal inequívoca pretensión anulatoria por la contratista, ésta hubiera manifestado que tal solicitud se debió a un error y que lo que realmente pretende es la resolución del contrato por mutuo acuerdo.

De lo anterior se desprenden dos consideraciones: a) que, en principio, aun sin la mención del concreto precepto jurídico fundamentador de la alegada nulidad contractual, la inequívoca pretensión de declaración de nulidad, en una interpretación antiformalista y *"pro actione"* de la misma, cumplía con los requisitos necesarios para su admisión y efectiva tramitación, incluyendo, en su momento, la solicitud de Dictamen a este Consejo Jurídico, previamente a su resolución; b) que, mediante el posterior escrito presentado por la contratista el 4 de abril de 2014, ésta viene, en la práctica, a desistir de la referida pretensión de declaración de nulidad del contrato, sustituyéndola por la de la resolución del mismo por mutuo acuerdo con el Ayuntamiento, circunstancia que conlleva su oposición a la previa pretensión municipal de resolverlo por incumplimiento de la empresa.

TERCERA.- La resolución del contrato por incumplimiento culpable de la contratista. Efectos jurídicos de dicha resolución.

I. La propuesta objeto de Dictamen pretende la resolución del contrato de referencia por incumplimiento por el contratista de los plazos del mismo, al amparo de lo establecido en los artículos 212 y 223, d) TRLCSP, norma aplicable al contrato que nos ocupa vista su fecha de adjudicación.

El Ayuntamiento consultante propone la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista considerando implícitamente que, en la medida en que existe tal incumplimiento, no procede resolver el contrato por otra causa. En este sentido, debe recordarse que el artículo 224.4 TRLCSP establece que *"la resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista"*, de forma que, de existir el incumplimiento alegado por el Ayuntamiento, procedería, en efecto, acordar la resolución por tal causa y no por el motivo pretendido por la contratista, con los efectos jurídicos inherentes a ello.

Los informes emitidos por el Arquitecto Municipal ponen de manifiesto que la contratista no comenzó a ejecutar el contrato en el plazo previsto (es decir, tras extenderse el acta de comprobación del replanteo) ni tampoco en

fechas posteriores, desprendiéndose de sus alegaciones que no tiene voluntad de ejecutar las obras contratadas debido a que determinados materiales a emplear en las mismas, previstos en el proyecto, tienen, conforme a las ofertas recabadas de sus proveedores, unos precios más elevados que los previstos en tal proyecto, lo que hace la ejecución de las obras más costosa económicamente de lo que la empresa preveía, optando por no cumplir el contrato, solicitando su resolución de mutuo acuerdo con el Ayuntamiento.

Las alegaciones de la empresa no enervan que el incumplimiento del contrato, por su negativa a ejecutarlo por resultarle económicamente perjudicial, le es imputable a la misma y, además, es un incumplimiento de carácter culpable, concurriendo el supuesto previsto en los artículos 223, d) y f) en relación, entre otros, con el 212.7 TRLCSP, de los que se desprende que procede tal resolución cuando el contratista no sólo se demore, sino que no cumpla en modo alguno con el objeto del contrato.

Para justificar lo anterior, conviene destacar lo expresado en nuestro Dictamen número 81/1999, de 2 de noviembre, que abordó un caso sustancialmente igual al que aquí nos ocupa:

"Por último, el contratista alega que la denunciada falta de justificación de los precios del proyecto le hizo incurrir en error a la hora de prestar su consentimiento, pues confió en que la Administración había justificado adecuadamente dichos precios, lo que le motivó a presentar su oferta. (...)

Como hemos indicado en el epígrafe I de este Considerando, el procedimiento de contratación, en su sentido amplio, integra una serie de procedimientos o piezas separadas y correlativas que, todas juntas, contribuyen a formar la voluntad de la Administración a la hora de obligarse con terceros.

Dentro de ese "iter" formativo de su voluntad se encuentran las actuaciones relativas a la determinación del objeto del contrato, en nuestro caso, la obra a ejecutar y el precio a satisfacer por ella.

Ese objeto contractual, por la especial índole del interés público subyacente, se va formando a través de unos actos que el contratista, (primero simple interesado, y luego licitador, antes de ser adjudicatario) puede y debe conocer para formular su oferta a la Administración. La Jurisprudencia reitera que es el contratista el que en realidad formula la oferta (en el marco de lo delimitado previamente por la Administración) y luego ésta la acepta, momento en que se produce la perfección del contrato (STS, Sala 3ª, de 14 de febrero de 1989, entre otras).

Esa previa delimitación de la oferta se materializa, por lo que aquí interesa, en dos actos preparatorios: la aprobación del proyecto, que fija la obra a realizar y el precio máximo a pagar por ella, y la aprobación del PCAP, que constituye el clausulado particular que debe asumir el licitador en su oferta, tal y como luego éste hace expresamente en el escrito correspondiente.

De esa forma, el PCAP constituye la "lex contractus", ley particular de la obligación a la cual se suele hacer también expresa referencia de aceptación en el documento de formalización del contrato (en nuestro caso, en la Cláusula Segunda, según vimos). (...)

Por tal motivo, y sin necesidad de entrar en mayores análisis, cabe rechazar la existencia de error alguno que invalide el contrato, porque el contratista conoció y declaró aceptar expresamente el contenido del PCAP, en cuya Cláusula Segunda, denominada "Presupuesto", se fijaba éste en la cantidad de 183.495.685 pesetas, incluyendo expresamente gastos generales, beneficio industrial y el IVA correspondiente. Y menos error pudo haber cuando ofreció incluso una cantidad inferior a dicho precio máximo, en concreto con una baja del 1,83% sobre éste.

Por otra parte, ahondando en las razones del rechazo de la presente alegación, resulta que el contenido de la Memoria (del proyecto de obras objeto de adjudicación) solo tendrá carácter contractual "en las condiciones que reglamentariamente se determinen" (artículo 124.1,a) LCAP) y resulta no ya sólo que el artículo 82.1 RCE atribuye carácter contractual exclusivamente a los planos, el pliego de prescripciones técnicas y los cuadros de precios del proyecto, sino que la Orden del Ministerio de Obras Públicas de 12 de junio de 1968 (BOE del 25 de julio) establece en su artículo 2 que "el anejo de la justificación de precios carece de carácter contractual y su objeto es acreditar ante la Administración la situación del mercado y servir de base para la confección de los cuadros de precios números 1 y 2, que son contractuales, y en los cuales debe figurar lo estrictamente necesario para el correspondiente abono de unidades de obras completas e incompletas", aspecto que fue contundentemente ratificado por el Consejo de Estado en su Dictamen nº 1125/92, de 24 de septiembre de 1992, al aplicar esta Orden: "la corrección o incorrección de los criterios de que se haya valido la Administración Pública a la hora de establecer los precios de las unidades de obra son un "prius" del contrato, un elemento que ayuda a que la Administración formule una oferta contractual razonable, pero no integran ésta. Por ello, una vez perfeccionado el vínculo contractual, no podrán ser discutidos por el contratista que prestó su consentimiento."

Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, el artículo 128 del Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente en todo lo que no se oponga al TRLCSP o a normas reglamentarias aprobadas en desarrollo de éste, establece que "la memoria (del proyecto de obras, que debe incluir, entre otros extremos, la justificación del cálculo de los precios, ex art. 127.1) tendrá carácter contractual en todo lo referente a la descripción de los materiales básicos o elementales que forman parte de la obra", luego, "a sensu contrario", no tendrán tal carácter contractual los demás aspectos de la memoria, incluyendo la referida justificación de precios. Esto es, dicho RD sigue en este punto la línea emprendida por el RCE y la Orden ministerial citados en nuestro transcrito Dictamen, siendo, pues, aplicable a nuestro caso la misma conclusión a la que llega el citado Dictamen del Consejo de Estado.

Corolario de todo lo anterior es que, sin perjuicio de que el contratista tenga que atenerse al proyecto de obras aprobado por la Administración, precios de las unidades de obras incluidos, a efectos del cálculo interno que debe hacer para formular su oferta por el precio global de la obra tiene el deber profesional, en una diligente forma de actuar, de contrastar por su cuenta todas las circunstancias técnicas y económicas que pueden influir en la economía del contrato, entre ellas, singularmente, los criterios y precios utilizados por la Administración en el proyecto de las obras, y ello a fin de decidir si presenta o no una oferta y, en caso afirmativo, para calcular su importe. Es claro que la adjudicataria no realizó tal estudio, presentando una oferta partiendo sin más de los precios estimados por la Administración, a lo que aplicó una baja que, sin poder ser calificada de temeraria, resultaba aun así excesiva, según el informe del Arquitecto Municipal, lo que hacía que la existencia de desviaciones entre los precios estimados por la Administración y los que luego tuviera que satisfacer al proveedor una vez fuera adjudicatario de la obra, hubiera una falta de equilibrio económico en el contrato; desequilibrio que, desde luego, no sólo no cabe imputar a circunstancias extraordinarias e imprevisibles, sino a una falta de la debida diligencia en la actuación empresarial de la contratista.

II. Determinada la procedencia de resolver el contrato por incumplimiento culpable del contratista, al negarse, sin justa causa frente a la Administración, a ejecutar la obra objeto de adjudicación, para establecer los efectos jurídicos anejos a dicha resolución culpable no ha de acudir sólo al artículo 225.3 TRLCSP, como parece deducirse de la propuesta de resolución, sino también al 102.1, interpretado "a sensu contrario", en relación con el previo artículo 100, c) de dicho texto legal. De estos dos últimos preceptos se desprende que en la resolución del

contrato por culpa del contratista no procede devolver la garantía (a reserva de los supuestos, excepcionales, en que por razones de equidad hubiere de moderarse tal determinación, según ha indicado la jurisprudencia y este Consejo Jurídico), sino su incautación, como así se desprende asimismo del artículo 225.4, último párrafo. Y ello sin perjuicio de que el importe de la garantía incautada pueda aplicarse también al resarcimiento de los concretos y específicos daños y perjuicios que dicha resolución contractual hubiere causado a la Administración contratante y que se determinasen, en su caso, en un procedimiento al efecto, única determinación que se desprende del tenor del citado artículo 225.3, que no excluye en modo alguno la operatividad de otros preceptos de la ley, como el mencionado artículo 102.1.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Debe tenerse en cuenta lo expresado en la Consideración Segunda, I, sobre el plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento de que dispondrá el Ayuntamiento tras la recepción del presente Dictamen, cuyo incumplimiento determinaría la caducidad de dicho procedimiento, sin perjuicio en tal caso de la posibilidad de incoar uno nuevo con el mismo objeto, al que deberían incorporarse los informes emitidos que procedieran.

SEGUNDA.- Procede resolver el contrato de referencia por incumplimiento culpable de la contratista, por las razones expresadas en la Consideración Tercera, I, del presente Dictamen.

TERCERA.- Procede acordar asimismo la incautación y pérdida de la garantía definitiva prestada por la contratista, por las razones expresadas en la Consideración Tercera, II, del presente Dictamen.

CUARTA.- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, en cuanto pretende declarar la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, se informa favorablemente, sin perjuicio de la procedencia de añadirle el pronunciamiento sobre la incautación y pérdida de la garantía, en los términos y por las razones antes indicadas.

No obstante, V.E. resolverá.