



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen **241/2014**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 27 de agosto de 2014, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Agricultura y Agua (por delegación del Excmo. Sr. Consejero), mediante oficio registrado el día 23 de julio de 2014, sobre resolución del contrato de nueva impulsión de residuales a Barrio de Peral desde la Ebar Severo Ochoa y prolongación del interceptor de residuales en Ronda Unión, T.M. Cartagena (expte. **231/14**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por Orden de 12 de septiembre de 2013 se adjudicó a la Unión Temporal de Empresas "--" (en abreviatura --) el contrato de ejecución de las obras del proyecto "nueva impulsión de residuales a Barrio Peral desde Ebar Severo Ochoa y prolongación del interceptor de residuales en Ronda Unión, t.m. de Cartagena". El precio del contrato asciende a la cantidad de 809.623,48 euros más 170.020,93 euros correspondientes al 21 % del IVA, lo que supone un total de 979.644,41 euros, que serán abonados a la contratista mediante certificaciones mensuales comprensiva de las obras ejecutadas durante el correspondiente mes. Consta el aseguramiento de la contratista (seguro de caución) por la compañía -- por importe de 77.863,39 euros (folio 3).

El contrato fue formalizado el 3 de octubre de 2013 entre x, Secretario General de la Consejería de Agricultura y Agua, y x, en calidad de gerente único de la --, destacándose entre sus cláusulas la tercera, que estipula que el plazo de ejecución de las obras será de ocho meses desde la firma del acta de comprobación del replanteo.

En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación de la obra (PCAP), al que presta su conformidad la contratista (cláusula séptima del contrato), se establece que está obligada a cumplir tanto el plazo final, como los plazos parciales fijados en el programa de trabajo (cláusula 4.2), que la ejecución del contrato comenzará con el acta de comprobación del replanteo (cláusula 16.1), que aquella está obligada a presentar un programa de trabajo en el plazo de treinta días desde la formalización del contrato (apartado O de la hoja de datos básicos) conforme a la cláusula 17.1, y que en el supuesto de demora de la contratista respecto al plazo total o a los parciales, la Administración podrá optar por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades (cláusula 25.1).

Finalmente, la cláusula 27 se remite a las causas de resolución del contrato previstas en los artículos 223 y 237 TRLCSP (Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre).

SEGUNDO.- El acta de comprobación del replanteo data de 4 de noviembre de 2013 (folio 17), consignándose en la misma que la fecha de inicio de las obras es al día siguiente, 5 de noviembre, y que la contratista presta su conformidad y no formula reserva alguna, ordenando el Director de las obras dar comienzo a las mismas en la fecha indicada. De acuerdo con el plazo total estipulado en el contrato las obras, éstas habrían de finalizar el 5 de julio de 2014.

TERCERO.- El 23 de diciembre de 2013, el ingeniero director de las obras emite un informe (folio 18) en el que expone lo siguiente:

-A la fecha indicada no han dado comienzo las obras, pese a los múltiples requerimientos verbales a x (jefe de obras), dando como respuesta que el retraso se estaba produciendo por la dilación de las labores preparatorias.

-Ante el retraso continuado de las obras, el Director General del Agua citó a los representantes de la contratista, conminándoles a que comenzaran las obras, contestando el gerente de la UTE que así lo harían. Expone que posteriormente en su despacho le manifestaron que no tenían ninguna actividad subcontratada ni material comprado, lo que evidenciaba que las obras no iban a comenzar de inmediato. También se les requirió para que presentaran un plan de obra detallado y realista, si bien en la siguiente reunión se le entregó uno que no era real, ya que planteaba la ejecución de dos "hincas" con fecha 3 de diciembre, lo que era imposible dado que no habían acometido las catas para ver la ubicación exacta de los servicios, ni se sabía la empresa especialista que ejecutaría las obras, ni se concretaba la fecha de ejecución de los muros de ataque. Otra incongruencia que expone es que empezaba la ejecución de la tubería de impulsión desde la rotonda hasta la EBAR del Barrio de Peral el día 13 de diciembre, cuando no tenían contratados ni el proveedor de la tubería, ni la empresa que se encargaría de los movimientos de tierra.

-Ante la proximidad de las fechas navideñas y que las obras son urbanas, se consideró conveniente mantener una reunión con el Ayuntamiento de Cartagena, que tuvo lugar el 27 de noviembre en el despacho del ingeniero municipal y posteriormente en las oficinas de la empresa municipal de aguas, dándole a la contratista todos los contactos precisos (policía municipal, empresa municipal de aguas, etc.). La empresa colocó el cartel de obra y unas vallas en previsión del comienzo de obras.

-Viendo que las obras seguían sin comenzar, el Director General del Agua solicitó una nueva reunión con la UTE, en la que su representante manifestó su intención de iniciar las obras en breve, si bien aún siguen sin comenzar.

Finalmente, el técnico director de las obras propone que ha de apercibirse a la contratista por incumplimiento del plazo, dándole un plazo de 15 días para que comunique la fecha de comienzo y las causas que han motivado el retraso.

Dicho requerimiento se efectuó por oficio del Director General del Agua de 23 de diciembre de 2013, siendo notificado a la contratista el 8 de enero según manifiesta ésta, pues no obra el acuse de recibo en el expediente.

CUARTO.- En contestación al anterior requerimiento, la -- presenta escrito de fecha 9 de enero de 2014, en el que se expone:

-Con anterioridad al acta de comprobación del replanteo se reclamaron a las compañías suministradoras todos los servicios que pudieran verse afectados por los trabajos a desarrollar, y ya con aquella firmada se nos comunica por parte de tales compañías y el propio Ayuntamiento que debido a la antigüedad de las instalaciones de la zona donde se ubican los trabajos y por la propia naturaleza geomorfológica del terreno, muchos de tales servicios, en especial agua y electricidad, no pueden referenciarse *in situ* al no disponer de datos actualizados. Lo que conduce a la UTE a realizar en el mes de noviembre nuevas prospecciones visuales y con georradar para determinar aquellos servicios no contemplados (por imposibilidad) en el proyecto de obras. Entre los servicios no referenciados se hallan líneas eléctricas, redes de agua potable y fibra óptica (esta última una afección puntual no registrada en plano).

-Se insta a una nueva reunión a las compañías, en concreto con la de servicios eléctricos, que les indica que tienen que ejecutar un proyecto de cruzamiento aprobado por el organismo competente de industria y realizado por técnico competente. Según exponen, este condicionante ha impedido la ejecución de la impulsión de diámetro de 600 mm. y la propia hinca de 800, por tener cuatro entrecruzamientos de este tipo. Este servicio no estaba en proyecto, por lo que no pudo advertirse con suficiente antelación.

-Entonces la UTE optó por acometer otra zona de la obra para retrasar lo mínimo el comienzo de la misma en la medida de lo posible, según expone, en concreto dicha opción pasaba por actuar en la zona de la glorieta de Severo Ochoa y en la calle Ronda Unión, si bien tras mantener reuniones con el Ayuntamiento y la Policía Local (entre la última semana de noviembre y la primera y segunda de diciembre) y analizadas todas las alternativas de posibles comienzos de tajos factibles, se plantearon una serie de incompatibilidades, tales como que la calle Ronda Unión no podía tener en ningún punto obras o zanjas abiertas durante las fiestas navideñas, debido a que es una vía principal de Cartagena, siendo utilizada para desfiles de carrozas de los institutos y colegios colindantes. Respecto a la Glorieta de Severo Ochoa no podía tener tráfico de salida ni entrada de vehículos de obra, dada la proximidad de las fechas navideñas, por peligros de accidentes debido a la afluencia de usuarios.

-Atendiendo a tales argumentos y al mantenimiento de la seguridad de los viandantes y usuarios de las vías, la UTE manifiesta que resultaba a todas luces imposible comenzar las obras antes del 31 de diciembre de 2013, ya que el calendario laboral sólo recogía como hábiles los días 26 y 27 de diciembre.

-Sostiene que la Administración es en todo momento conocedora de la situación de los trabajos, si bien expone que por un defecto de forma no se le comunicó por escrito.

Por último, expone que en la primera semana de enero de 2014 se han estado incorporando los distintos componentes de los equipos de obra para reanudar el comienzo de aquellos, que tendrá lugar la semana del 13 de enero de 2014. Acompaña a tales efectos un plan de obra con el desarrollo de éstos (folios 23 y 24).

QUINTO.- Con fecha 3 de febrero de 2014, el ingeniero director de las obras emite un informe pormenorizado sobre las afirmaciones de la UTE expresadas en el Antecedente anterior, cuestionándolas y matizándolas en el siguiente sentido:

1. Sobre la supuesta falta de información de las infraestructuras de suministro de agua y canalizaciones eléctricas, expone que puestos en contacto con el Ayuntamiento y con el autor del proyecto la situación descrita por la UTE es exagerada, pues "únicamente hay canalizaciones no inventariadas en la zona de la impulsión y más concretamente en el tramo que se ejecuta con hinca por lo que habría de asegurarse ejecutando unas catas con el fin de no afectar a las citadas canalizaciones con la hinca". Pero esta incidencia la considera irrelevante el director de las obras, dado que no le fue comunicada cuando se detectó, ni en el momento del acta de comprobación del replanteo, cuando la contratista podía haber solicitado que se incluyera en dicha acta, considerando que no lo hizo por irrelevante.

2. Respecto a que esta situación obligó a la -- a realizar nuevas prospecciones visuales y con georradar para determinar la ubicación de aquellos servicios no contemplados (por imposibilidad) en el proyecto de obras, expone la dirección facultativa que la contratista da a entender que ha tenido medios humanos y equipos dedicados a estos menesteres, si bien expone que como medios humanos nada más que el jefe de obras que ha estado algunos días en Cartagena, añadiendo *"no se ha realizado ninguna actividad de la que tengamos constancia, ni en la obra ha habido nunca ningún georradar. En las numerosas reuniones que hemos tenido, nunca se ha comentado nada en este sentido"*.

3. Respecto a la exigencia por -- de un proyecto de entrecruzamiento, el técnico director señala que se comentó a la contratista que no se preocupara, ya que se recabaría la redacción de un proyecto al Ayuntamiento de Cartagena, al tratarse de una línea de Alta Tensión; en el proyecto estaba contemplado pero con una denominación de Media Tensión. Respecto a los 2 cruzamientos (no 4 como expone la contratista) se encuentran en los primeros 160 metros de la impulsión hasta alcanzar la EBAR del Barrio del Peral, por lo que podría haber procedido a realizar los restantes 300 ms., las obras de la rotonda y el colector de la calle Esparta y Ronda Unión.

El director de las obras reconoce que es una incidencia pero sin mayor importancia, ya que tiene fácil solución y se podía ejecutar la mayor parte de la obra.

4. Respecto a la circulación del tráfico en la zona de obras, expone que en la reunión mantenida con la Policía Local el 2 de diciembre, en la que participa la contratista y la asistencia técnica, el agente municipal (x) indica el procedimiento a seguir, en cuanto a trámites, documentación a presentar y señalización a colocar, previo al inicio de cualquier trabajo en la calzada. Asimismo indica que no hay ningún inconveniente en trabajar en esos próximos días; incluso comenta *"que no habría ningún problema en cortar la circulación un carril en la calle Esparta para poder ejecutar las obras del colector"*. Afirma el director de las obras que no es cierto tampoco que estas calles sean utilizadas en épocas de navidades para desfilas de carrozas de los institutos y colegios colindantes.

En suma, manifiesta que prácticamente la totalidad de la obra estaba libre de condicionantes que impidieran su ejecución.

5. Respecto a la afirmación de que la Administración era conocedora de la situación en todo momento, expone que la dirección facultativa ha estado pendiente en todo momento del cumplimiento del contrato, ha recibido a los técnicos de la UTE y los ha acompañado en todas aquellas gestiones con los organismos e instituciones que con su presencia pudiera agilizar, pero lo que no podía conocer son problemas inexistentes, no siendo admisible que esas pequeñas incidencias sean utilizadas como causa para no haber empezado las obras.

6. Respecto a que el comienzo de los trabajos tendría lugar en la semana del 13 de enero según expresa la contratista, dicha afirmación queda invalidada por la realidad, puesto que las obras no han comenzado.

Concluye que la argumentación de la UTE cae por sí sola, basando el retraso en unas causas prácticamente inexistentes y de fácil solución y que en cualquier caso no imposibilitaría la ejecución inmediata de la mayor parte de la obra, asegurando comenzar el día 13 de enero cuando al día de la emisión del informe (el 3 de febrero) todavía no habían comenzado.

Finalmente, expone que se debería iniciar la tramitación del expediente para la resolución del contrato.

SEXTO.- Con fecha 21 de febrero de 2014 (registro de entrada), x, gerente de la --, señala respecto a la última fecha comprometida por su representada para el comienzo de las obras (el 13 de enero) que previo al inicio de las mismas advinieron una serie de circunstancias técnicas, económicas y de logística de personal de las empresas que componen la UTE, que añadidas a la actual coyuntura socioeconómica provocó la imposibilidad de dar comienzo a los trabajos según el programa registrado en la Consejería. Señala que al día 19 de febrero de 2014 y tras solventar las circunstancias anteriores, la UTE está en disposición de retomar el compromiso del inicio de los trabajos, asegurando que darán comienzo el 1 de abril de 2014.

Solicita que la Consejería contratante tenga a bien considerar tales circunstancias y acepte el compromiso de iniciar los trabajos en la fecha indicada, sin perjuicio de las acciones jurídicas o administrativas que la Administración estime necesarias en cumplimiento de la normativa vigente.

SÉPTIMO.- Transcurrida la fecha indicada por la contratista para el nuevo comienzo de las obras, el ingeniero director de las mismas emite un informe el 9 de abril de 2014 (folio 30) en el que expone que aquéllas siguen sin comenzar, por lo que considera que por las mismas razones expuestas en su informe anterior de 3 de febrero, se debería iniciar el procedimiento de resolución contractual.

OCTAVO.- El 21 de abril de 2014, la Jefa de Sección de Control y Evaluación de Programas de la Dirección General del Agua emite informe en el que, tras destacar las fechas incumplidas del comienzo de las obras por parte de la adjudicataria, constata que se ha producido una demora en el plazo de ejecución del contrato por la contratista, y que, en su opinión, concurre la causa de resolución prevista en el artículo 223,d) TRLCSP: "la demora en el cumplimiento de los plazos por parte de la contratista". Respecto a los efectos de la resolución, señala que habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 225,3 y 4 del mismo Texto Refundido.

NOVENO.- Previa propuesta del Director General del Agua, la Jefa de Servicio de Contratación de la Consejería de Agricultura y Agua propone los siguientes acuerdos a adoptar por el órgano de contratación (folios 35 a 38) en relación con el contrato de obras referenciado:

"Primero. La iniciación del procedimiento de resolución del contrato de obras ?nueva impulsión de residuales a Barrio Peral desde EBAR Severo Ochoa y prolongación del interceptor de residuales en Ronda Unión, t.m. de

Cartagena?, por la causa prevista en el artículo 223.d) TRLCSP, en consonancia con el artículo 212.4 del mismo Texto Refundido.

Segundo. La incautación de la garantía constituida para responder de su correcta ejecución, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de indemnización de los daños y perjuicios producidos, en el supuesto de que excedan de su importe.

Tercero. El otorgamiento de un trámite de audiencia al contratista y avalista, por plazo de diez días naturales".

DÉCIMO.- Mediante Resolución del Secretario General de la Consejería de Agricultura y Agua, de 5 de mayo de 2014, se acuerda la iniciación del procedimiento de resolución contractual en los mismos términos que el informe de la Jefa de Servicio de Contratación transcritos anteriormente.

UNDÉCIMO.- Consta que fue otorgado un trámite de audiencia a la contratista y a la aseguradora (--) mediante sendos oficios registrados de salida el 7 de mayo de 2014 (fecha de notificación el 12 de mayo siguiente).

DUODÉCIMO.- Con fecha 23 de mayo de 2014 (de certificación en la Oficina de Correos), x, en representación de la --, presenta escrito oponiéndose a la resolución del contrato por las siguientes razones:

1ª) Reitera las causas alegadas en los escritos de 9 de enero y 19 de febrero de 2014 para justificar que no comenzaran las obras. A este respecto señala que se han tenido que solventar diversas causas de fuerza mayor no imputables a la UTE, tales como circunstancias técnicas previas a las obras, económicas y de logística que añadidas a la actual coyuntura económica y la delicada crisis tanto a nivel interno como externo, resultó del todo imposible la iniciación de las obras en el plazo previsto. También pone de relieve que la sociedad miembro de la -- se encuentra en situación amparada por el artículo 5 bis de la Ley Concursal desde el 16 de julio de 2013.

Añade que, como conoce el órgano contratante, la UTE ha buscado como salida a la problemática surgida la subcontratación de apoyo o cesión posterior de parte de la obra.

2ª) Sostiene que la resolución se dicta estando vigente el plazo de ejecución de obras, por lo que añadiéndose las prórrogas justificadas ante los imprevistos, no imputables a la UTE, resulta ser que la contratista dispondría de un plazo de ejecución factible.

3ª) La incautación de la garantía es una medida desproporcionada y gravosa al existir causas suficientes que justificarían la actuación y los plazos de ejecución de la UTE contratista.

Finalmente, solicita que se proceda al archivo del procedimiento de resolución o, subsidiariamente, a iniciar el procedimiento de resolución por mutuo acuerdo.

DECIMOTERCERO.- El 30 de mayo de 2014 (registro de entrada), x, actuando en nombre y representación de -- (la aseguradora de la contratista), presenta un escrito en el que expone que con fecha 12 de mayo de 2014 se le ha dado traslado de un trámite de audiencia por el Ayuntamiento (hay un error en el órgano de contratación), otorgándole un plazo de diez días naturales a fin de efectuar cuantas alegaciones se estimen convenientes.

De conformidad con los artículos 35.1 y 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) solicita copia del expediente a efectos de realizar las oportunas alegaciones, pidiendo una ampliación del plazo de un mes para formularlas en los términos previstos en el artículo 49 de la misma.

DECIMOCUARTO.- El 5 de junio de 2014, el ingeniero director de las obras emite un informe en el que reitera la contestación a los motivos esgrimidos por la contratista en su escrito de 9 de enero de 2014, añadiendo los siguientes:

-Respecto a que la UTE ha tenido que solventar diversas causas de fuerza mayor no imputables a la misma, contesta que se coincide en la existencia de la crisis económica, también denominada en el escrito con otras expresiones tales como coyuntura socioeconómica o circunstancias económicas, y demás expresiones similares, lo que no entiende el técnico es la razón por la que tales conceptos se convierten en causa de fuerza mayor no imputables a la contratista.

-Respecto a que la UTE no ha cesado en su empeño de poder dar solución a las circunstancias para continuar con las actividades encaminadas a cumplir el compromiso, expone que *"son frases retóricas que no dicen nada. Visto lo ocurrido estimo que -- desde la firma del contrato no ha tenido intención siquiera de iniciar la obra"*.

-Respecto a que la contratista ha buscado una solución a través de la subcontratación o cesión posterior de parte de la obra, expone que éste es el argumento de fondo que explica lo sucedido. Señala que como la contratista reconoce, desde pocas fechas posteriores a la firma del contrato, ha intentado y empleado su tiempo en subcontratar y ceder la obra. Prosigue el técnico explicando:

"Ante el retraso en el comienzo de las obras, la Administración estimó conveniente hacerles llegar un escrito de apercibimiento por incumplimiento del plazo, dándole un plazo de 15 días para que comunicaran la fecha de comienzo de las obras y expusieran las causas que motivan el retraso."

-- se encontraba en una situación delicada. Para justificar el retraso -- envió un borrador para justificar el retraso en el inicio de las obras. El escrito contemplaba los mismos argumentos que ahora expone. Se le respondió que era un disparate."

(...)".

DECIMOQUINTO.- Previa propuesta del Director General del Agua, de 11 de junio de 2014, para que se proceda a la resolución del contrato y a la incautación de la garantía, la Jefa del Servicio Jurídico de la Consejería emite la suya el 16 de julio siguiente en la que tras considerar el órgano de contratación, la causa de resolución y el procedimiento aplicable, señala, entre otros aspectos, que respecto a los escritos presentados por la contratista y avalista, el primero de ellos se encuentra dentro de plazo, pero el segundo se ha presentado el 30 de mayo de 2014, cuando ya había vencido el plazo. Sobre las cuestiones de fondo, se remite a los informes evacuados por el director de las obras, cuyos argumentos reproduce en los folios 52 a 56.

Finalmente, propone la resolución del contrato por la causa prevista en el artículo 223,d), en relación con el artículo 212.4, ambos del TRLCSP, así como la incautación de la garantía constituida por la contratista de 77.863,39 euros, sin perjuicio de los daños y perjuicios que la resolución del contrato ocasione a la Administración, en el supuesto de que tales daños excedan de dicho importe.

DECIMOSEXTO.- Consta la Resolución del Secretario General de la Consejería de Agricultura y Agua, de 15 de julio de 2014, registrada de salida el 16 siguiente, por la que se le comunica a la contratista y avalista que se acuerda suspender el plazo máximo de resolución y notificación del presente procedimiento por el tiempo que media entre la petición de Dictamen al Consejo Jurídico y su recepción.

DECIMOSÉPTIMO.- Con fecha de registro de entrada de 23 de julio de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

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 la contratista, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 211.3, a) 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 (210 TRLCSP), lo que sustenta el presente procedimiento, siendo la normativa de

aplicación al contrato (cláusula octava) el TRLCSP, el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en lo que no se aponga a aquél, y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en lo que pudiera afectarle.

II. Procedimiento seguido y plazo para resolver.

1. El examen de las actuaciones remitidas permite afirmar que se han seguido los trámites sustanciales establecidos en el TRLCSP y en la normativa de desarrollo para este tipo de procedimientos de resolución de contratos administrativos, concediendo audiencia tanto a la contratista, como a la entidad aseguradora. Respecto a esta última la propuesta elevada considera que sus alegaciones, tendentes a obtener copia íntegra del expediente y una ampliación del plazo para formularlas, son extemporáneas y no procede admitirlas. A la vista de las fechas de notificación y presentación, se constata tal circunstancia, puesto que aquella mercantil fue notificada el 12 de mayo de 2014, según el acuse de recibo de la oficina de correos, y el escrito fue presentado por su representante el 30 de mayo siguiente (registro de entrada), fuera del plazo otorgado de 10 días naturales.

En todo caso, la inadmisión de alegaciones ha de ir referida a la petición de ampliación de plazo, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 49 LPAC, pero no respecto a la posibilidad de obtener copia del expediente, como parte interesada, de acuerdo con los derechos reconocidos en el artículo 35, a) LPAC.

2. Por lo que se refiere al plazo máximo de tres meses para dictar y notificar la resolución del procedimiento, computado a partir del acuerdo de iniciación (el 5 de mayo de 2014), se ha adoptado la suspensión del plazo por el tiempo que media entre la petición de nuestro Dictamen y su recepción, habiendo sido comunicada tal suspensión a la contratista y a su aseguradora, si bien el citado plazo para resolver se reanudará cuando el órgano consultante reciba el presente Dictamen, de acuerdo con el artículo 42.5, c) 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.

I. Actuaciones realizadas por la UTE en ejecución del contrato cuya resolución se pretende.

De los antecedentes reseñados en el presente Dictamen se desprende que la contratista -- no ha llegado a iniciar las obras para la construcción de la "nueva impulsión de residuales al Barrio de Peral desde EBAR Severo Ochoa y prolongación del interceptor de residuales en Ronda Unión", en el municipio de Cartagena, pese a los requerimientos verbales y escritos formulados por la Dirección General del Agua y el ingeniero director de las

obras.

En efecto, formalizado el contrato el 3 de octubre de 2013, con un plazo de ejecución de 8 meses desde la firma del acta de comprobación del replanteo, ésta se suscribió, sin reservas, por la contratista y por los representantes de la Administración el 4 de noviembre siguiente, ordenándose el inicio de las obras al día siguiente (5 de noviembre). Sin embargo, ante la falta de comienzo de las mismas, transcurrido un mes y medio durante el cual se produjeron las reuniones y gestiones que describe la dirección facultativa en su informe de 23 de diciembre de 2013 tendentes todas ellas a que se iniciaran (folio 18), se expone en dicho informe el retraso continuado, y que fue entregado un plan de obra por la contratista que no era real, pues planteaba iniciar la ejecución de dos "hincas" el 3 de diciembre, lo que era imposible porque no habían acometido las catas para ver la ubicación exacta de los servicios, ni se sabía la empresa especialista que ejecutaría esa unidad de obra, evidenciando, además, dicho plan de trabajo otras incongruencias, tales como que empezaría la ejecución de la tubería de impulsión desde la rotonda hasta la EBAR del Barrio de Peral el día 13 de diciembre, cuando aún no habían contratado al proveedor de la tubería, ni a la empresa encargada de los movimientos de tierra. En consecuencia, y ante la situación planteada, se le apercibe formalmente a la UTE (notificado el 8 de enero de 2014 según la contratista) por incumplimiento del plazo, otorgándole un plazo de 15 días hábiles para que explique el motivo del retraso y la fecha en la que podrían dar comienzo las obras.

En contestación al precitado requerimiento, la contratista presenta escrito fechado el 9 de enero de 2014, en el que tras enumerar una serie de incidencias para el comienzo de los trabajos, cuya importancia como motivo de retraso de las obras es cuestionada por el director de las mismas, dado que no impedían ejecutar la mayor parte de aquéllas (folios 25 a 27), la UTE se compromete al inicio de los trabajos la semana del 13 de enero, aportando un plan de obra con el desarrollo de los mismos (folio 24), fecha que vuelve a incumplirse, según pone de manifiesto el ingeniero director de las obras el 3 de febrero de 2014 (folio 27, reverso). La misma contratista reconoce dicho retraso y presenta un nuevo escrito el 21 de febrero siguiente, posponiendo de nuevo el comienzo de las obras. En este nuevo escrito, en el que en ningún caso solicita prórroga para su ejecución, se limita a esbozar unas circunstancias técnicas, económicas y de logística de personal de las empresas que componen la UTE, que añadidas a la coyuntura económica, según refiere, han provocado la imposibilidad del comienzo de los trabajos. No obstante, considera que ya están solventadas y manifiesta su compromiso de iniciarlas el 1 de abril de 2014, cuando faltaban aproximadamente tres meses para el cumplimiento del plazo total de ejecución del contrato (el 5 de julio).

Sin embargo, pese a dicho compromiso la contratista vuelve a incumplir sus propios plazos, según constata el director de las obras en su informe de 9 de abril de 2014 (folio 30), en el que expone que las mismas siguen sin comenzar y propone que se inicie la tramitación del expediente para la resolución del contrato.

En suma, a la vista de los reiterados incumplimientos de los plazos fijados por la contratista para el comienzo de las obras, previos los informes pertinentes, el 5 de mayo de 2014 se acuerda iniciar de oficio el procedimiento de resolución de contrato de obras por la demora en el cumplimiento de los plazos por parte de la contratista.

II. Sobre la causa de resolución invocada y los motivos de oposición de la contratista.

La causa propuesta por el órgano instructor para la resolución del contrato de obras es la prevista en el artículo 223,d) TRLCSP, concretamente "la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista", en relación con lo dispuesto en el artículo 212.4 del mismo Texto Refundido según el cual, cuando por causas imputables a la contratista se hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar

indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades, facultad igualmente contenida en la cláusula sexta del contrato.

Esta causa de resolución está íntimamente ligada a la obligación que incumbe a la contratista de cumplir el contrato dentro del plazo fijado para su realización (artículo 214.2 TRLCSP); conforme a los informes obrantes en el expediente y como reconoce la misma UTE, las obras no habían comenzado cuando se inicia el procedimiento de resolución del contrato (habían transcurrido 6 meses de los 8 previstos para su ejecución total), lo que implica el incumplimiento de una de las obligaciones contractuales esenciales, ya que la obligación principal de la contratista es la ejecución de la obra en los plazos marcados.

Frente a esta causa de resolución contractual, la UTE manifiesta su oposición por varios motivos que se analizarán en el siguiente orden:

1. En relación al incumplimiento, sostiene la contratista, pese a los reiterados incumplimientos de los plazos advertidos en el apartado anterior, que el acuerdo de iniciación del procedimiento de resolución, de 5 de mayo de 2014, se dicta encontrándose aún vigente el plazo total de ejecución de las obras, por lo que añadiéndose las prórrogas justificadas del plazo (que no concreta) y "ante los imprevistos señalados, no imputables a la contratista", la UTE dispondría de un plazo de ejecución plenamente factible, según refiere. No obstante, finalmente solicita la resolución por mutuo acuerdo.

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que no pueden resultar convincentes para el órgano de contratación las referencias genéricas de la contratista a una posible prórroga del contrato para el cumplimiento de las obligaciones, a la vista de los incumplimientos de sus propios plazos, y al ser una propuesta carente de concreción y orientada, presumiblemente, a eludir las consecuencias del incumplimiento del contrato por la contratista.

En segundo lugar, este Órgano Consultivo considera que no es obstáculo para la resolución del contrato que la iniciación del procedimiento sea anterior al cumplimiento del plazo total de ejecución de aquél (dos meses antes), en la actualidad ampliamente rebasado, dado que concurría entonces la causa de resolución en la que se ampara el órgano de contratación (artículo 223,d TRLCSP), al haber existido demora en el cumplimiento de los plazos por la contratista, en este caso de los plazos parciales señalados para la ejecución sucesiva, que hacen presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total, conforme a la previsión específica contenida en los apartados 2 y 6 del artículo 212, artículo al que se remite la cláusula 25.1 PCAP, para los casos en los que por causa imputable a la contratista se hubiera incurrido en demora.

En efecto, atendiendo al PCAP, al que prestó su conformidad la contratista, la cláusula 4.2 establece que la adjudicataria está obligada a cumplir tanto el plazo final, como los plazos parciales fijados en el programa de trabajo, habiéndose incumplido los presentados por la contratista, a tenor de lo señalado por la dirección de las obras, hecho que puede constatarse en el único plan que obra en el expediente remitido a este Consejo (no consta el inicial al que hace referencia el apartado O de los datos básicos del contrato, anejo al Pliego), concretamente el plan de obra que acompaña el representante de la UTE al escrito de 9 de enero de 2014 (folio 24); por ejemplo, para las obras de EBAR Severo Ochoa se establecían 72 días, que finalizaban el 21 de abril de 2014, por lo que cuando se inicia el procedimiento de resolución también se había incumplido tal plazo.

La aplicación de la causa de resolución por incumplimiento de los plazos parciales, cuando haga presumir

razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total, ha sido sostenida por el Consejo de Estado, entre otros en su Dictamen 1197/2012, en el que señala:

"Niega la contratista, sin embargo, que hayan existido en alguna ocasión plazos parciales o que, aun existiendo, pudieran seguir vigentes a la vista de las circunstancias concurrentes. Pero debe tenerse en cuenta a estos efectos que la contratista, de conformidad con la cláusula 8 del Pliego, aportó el programa de trabajo previsto en el artículo 144 del Reglamento General de la LCAP indicando el ritmo o calendario de ejecución, lo que implica que se observó la previsión del artículo 67.3 del propio Reglamento General, conforme al cual en los contratos de obras los pliegos contendrán, entre otras indicaciones, la relativa al plazo total de ejecución del contrato e indicación de los plazos parciales correspondientes si la Administración estima oportuno estos últimos o referencia a su fijación en la aprobación del programa de trabajo.

La existencia de plazos parciales, que ha sido reconocida por la contratista, aun cuando sostuviera que habían quedado superados por las vicisitudes del contrato, resulta, a juicio de este Consejo de Estado, de la aportación por la contratista de los sucesivos programas de trabajo (folios 301 y 717 y ss.) que se iban adaptando a las nuevas necesidades, por lo que su existencia no ofrece dudas, resultando que los correspondientes programas de trabajo aportados por la contratista y del propio pliego (...).

En el presente caso, por consiguiente, es apreciable la causa de resolución consistente en el incumplimiento de los plazos parciales y la razonable imposibilidad de cumplir el plazo final -causa prevista en el apartado e) del artículo 111 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", hoy sustituido por el artículo 223,d) TRLCAP.

También en el Dictamen 318/2012, el mismo Consejo de Estado razona sobre la demora en el cumplimiento de los plazos por parte de la contratista y la imposibilidad de su cumplimiento, en aplicación del artículo 206,d) de la Ley de Contratos del Sector Público (hoy artículo 223,d) TRLCSP):

"En este sentido el artículo 196.6 del mismo texto legal (hoy 212.6 TRLCSP) atribuye a la Administración la facultad de proceder a la resolución del contrato o de acordar la continuidad de su ejecución con imposición de penalidades, en el supuesto del incumplimiento por parte de la contratista de los plazos parciales, cuando se hubiera previsto en el pliego de cláusulas administrativas o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total.

En el presente caso, si bien el pliego de cláusulas administrativas particulares no establece plazos de ejecución parciales (sino que se remite a un programa de trabajo que no obra en el expediente), lo cierto es que al menos la mitad del plazo total de ejecución de 2,3 meses se consumió sin que la contratista comenzara las obras y que cuando manifestó por escrito las dificultades habían transcurrido más de dos terceras partes de dicho plazo total, siendo ínfimo el porcentaje de obra ejecutada (menos del 10%), lo que permite presumir razonablemente la imposibilidad de su cumplimiento".

También este Consejo Jurídico en el Dictamen 73/2003 señaló: *"aun cuando no hubiera finalizado el plazo de ejecución (diciembre de ese año) la demora de la contratista hacía presumir razonablemente la imposibilidad de cumplimiento del plazo total, concurriendo un supuesto de evidente afinidad y analogía con el previsto en el artículo 95.5 TRLCAP para el supuesto de incumplimiento de plazos parciales que hagan presumir*

razonablemente el incumplimiento del plazo final, precepto éste que tiene la finalidad de proteger el interés público para posibilitar la resolución contractual (y adelantar, por tanto, la nueva contratación) cuando es razonable el incumplimiento del plazo final, como sucede en nuestro caso". Al igual que en el Dictamen 4/2008 se indicó "que no sólo existe un incumplimiento de los plazos parciales que hace razonablemente estimar el incumplimiento del plazo final (artículo 95.5 TRLCAP), sino que incumple la obligación más esencial de todo contrato, que es la de ejecutar la prestación debida".

La misma interpretación sobre la aplicación de la causa de resolución por incumplimiento de los plazos se ha sostenido por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, en su sentencia de 28 de diciembre de 2011, que señala:

"Es evidente que la sentencia apelada no ha interpretado de forma correcta lo señalado en el artículo 95.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que autoriza a la Administración para proceder a la resolución del contrato tanto en el supuesto de incumplimiento de los plazos parciales de ejecución de las obras, como en el caso de que la demora total del contratista haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total (...) El cumplimiento del plazo de ejecución de las obras tiene una indudable trascendencia, ya que además de haber sido determinantes de la adjudicación, lo que se persigue es un interés público al tener por objeto (...) La imposibilidad de cumplir el plazo final no solo conlleva un perjuicio para el servicio público, sino que supone que no se pueda justificar en plazo ... No se puede decir por tanto, como hace la sentencia, que resulta precipitada la resolución del contrato 7 meses después de haber sido formalizado, cuando sólo quedaban cuatro meses para que venciera el plazo concedido de 11 meses, ya que las obras llevaban varios meses paralizadas. De ahí que los técnicos entendieran en su momento que la resolución no sólo no era precipitada sino obligada, a la vista del riesgo evidente de causar un perjuicio al interés público que representaba la Administración promotora de las mismas. La exigencia del artículo 95.5 (hoy 212.6 TRLCSP) referida a una presunción razonable de que no se pueda cumplir el plazo legal y esa presunción razonable, a diferencia de lo que declara la sentencia apelada, es incuestionable que existía".

Por lo tanto, este motivo de oposición ha de ser rechazado, al igual que ha de serlo el propuesto por la contratista de resolución por mutuo acuerdo, que además de contradecir su afirmación genérica de que aún se puede cumplir el contrato, con el otorgamiento de las correspondientes prórrogas que tampoco concreta, no puede ser estimado por la Administración, puesto que "la resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato" (artículo 224.4 TRLCSP).

En consecuencia, concurre en el presente caso la causa de resolución contemplada en el artículo 223,d) TRLSRM, en relación con lo dispuesto en el artículo 212 del mismo Texto Refundido, pero no sólo con lo previsto en el apartado 4 de este último como propone el órgano instructor, sino también en los apartados 2 y 6 del mismo artículo 212, que atañen también al incumplimiento de los plazos parciales.

2. En relación al incumplimiento culpable. Se opone la contratista a la resolución del contrato alegando la concurrencia de causas de fuerza mayor no imputables a la UTE, tales como circunstancias técnicas, económicas y de logística que, añadidas a la actual coyuntura socioeconómica y a la delicada crisis económica, hicieron imposible la iniciación de las obras en los plazos previstos. Todo ello como causa de exoneración en la responsabilidad por el incumplimiento contractual.

Sobre las que la contratista denomina circunstancias técnicas como justificación para el retraso del comienzo de

las obras, el director de las mismas las analiza pormenorizadamente en sus informes, el último de ellos evacuado el 5 de junio de 2014 en el seno del presente procedimiento de resolución (folios 47 a 49), habiendo sido incorporado a la motivación de la propuesta elevada, lo que hace innecesario que este Consejo Jurídico reproduzca cada una de sus observaciones y matizaciones a las afirmaciones de la contratista para justificar su retraso inicial, destacándose, no obstante, por el ingeniero director de las obras que las incidencias eran de escaso valor, la colaboración de la Administración contratante para resolverlas, y, en definitiva, que no impedirían ejecutar la mayor parte de la obra de forma inmediata, ni el resto de la misma. Prueba de ello, añadimos, es que la contratista indicó que comenzarían las obras en la semana del día 13 de enero de 2014, una vez pasadas las fechas navideñas (folios 20 y 21), lo que no hizo, y después de anunciar que se iniciarían el 1 de abril, una vez solventadas las circunstancias mencionadas (sic), tampoco lo hizo.

Por lo tanto, como sostiene el ingeniero director de las obras, los motivos para no comenzar las obras responden a otro tipo de razones, señalando aquél que la UTE, desde pocas fechas posteriores a la firma del contrato, ha intentado subcontratar y ceder las obras, como salida a su problemática, como reconoce la propia contratista.

Además, el alegato a las circunstancias económicas y de logística de la UTE, en base a la actual coyuntura socioeconómica y a la delicada crisis económica, como causa de fuerza mayor y para exclusión de su responsabilidad por incumplimiento culpable, no resulta admisible por los siguientes motivos:

1º) Son causas de fuerza mayor únicamente las previstas en el artículo 231 TRLCSP:

a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.

b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.

c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

La contratista, a quien corresponde la prueba de existencia de fuerza mayor (Dictamen núm. 44.382/1982, del Consejo de Estado), no ha acreditado la concurrencia de alguno de estos supuestos, sin que sea posible considerar ningún otro debido a que los casos enumerados en el citado precepto legal constituyen *numerus clausus* (STS, Sala 3ª, de 12 de marzo de 2008).

2º) Sobre la crisis económica y la falta de liquidez, el artículo 215 TRLCSP establece que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, principio profusamente aplicado por la jurisprudencia para rechazar las pretensiones indemnizatorias de los contratistas fundadas en circunstancias distintas de las tasadas de fuerza mayor. En virtud de este principio, el contratista no puede esgrimir la variación en las circunstancias imperantes en el mercado para justificar el incumplimiento de las obligaciones nacidas de la relación contractual, entre las que se encuentra la de cumplir el plazo de ejecución. Más aún en el presente caso, puesto que las obras fueron adjudicadas en septiembre de 2013, fecha en la que la UTE era conocedora de la situación socioeconómica, así como del plazo previsto de 8 meses para la ejecución del contrato, sin que ahora pueda sostenerse su

imprevisibilidad.

También el Consejo de Estado ha venido rechazando que puedan invocarse para justificar un incumplimiento de los plazos de ejecución razones de orden económico (Dictamen 1438/2001), afirmando en su Dictamen 45.216/1983, que *"los conceptos de crisis económica y conflictividad sociopolítica se sitúan en el ámbito del alea empresarial como riesgos que le son imputables con carácter general"*.

En igual sentido este Consejo Jurídico, en los Dictámenes 18 y 119 del año 2010, y en la memoria correspondiente al año 2009.

De todo ello se concluye que la contratista ha incumplido culpablemente la obligación esencial de todo contrato, que es ejecutar lo pactado en los plazos fijados, lo que le hace incurrir en la causa de resolución prevista en el artículo 223,d) TRLCSP, en relación con el artículo 212, apartados 2, 4 y 6 del mismo Texto Refundido, que deben ser citados todos ellos en la resolución que se adopte.

CUARTA.- Efectos de la resolución contractual.

I. El artículo 225.3 TRLCSP establece que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados, y dicha indemnización se hará efectiva, en primer lugar, sobre la garantía que se hubiera constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad de la contratista en lo que se refiere al importe que exceda de la garantía incautada. En todo caso, añade el apartado 4 del mismo artículo, el acuerdo de resolución se pronunciará sobre la pérdida, devolución o cancelación de la garantía.

En el presente caso se propone la incautación de la garantía definitiva constituida por el contratista por importe de 77.863,39 euros, y sin perjuicio de los daños y perjuicios que la resolución del contrato ocasione a la Administración en el supuesto de que tales daños excedan de dicho importe.

Se sustenta para ello en la interpretación de lo dispuesto en el artículo 102.1 TRLCSP, que establece que la garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista (inciso este último que interpretado *a sensu contrario* sustenta la no devolución cuando sea resuelto por culpa de la contratista), y en lo previsto en el artículo 225.3 TRLCSP, que establece que el incumplimiento culpable del plazo de ejecución del contrato conlleva la obligación del contratista de indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios que le ocasione la resolución del contrato, en concordancia con el artículo 113 RCAP.

Sobre la incautación de la fianza, como efecto derivado de la resolución del contrato por culpa del contratista, este Consejo Jurídico razonó lo siguiente en el Dictamen 223/2014:

"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 acudirse 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".

No obstante lo señalado, este Órgano Consultivo reconoce también que la nueva redacción del artículo 208 de la Ley de Contratos del Sector Público (hoy 225.3 TRLCSP) en relación con el efecto de la incautación automática de la fianza por incumplimiento culpable del contratista ha suscitado un amplio debate, existiendo otra línea doctrinal (Dictamen 602/2013 del Consejo de Estado), que reconociendo que la contratista, en el caso de resolución por incumplimiento culpable de la misma, debe indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios, recomienda retener la garantía prestada e iniciar un procedimiento que tenga por objeto cuantificar tales daños y perjuicios, previa audiencia a la contratista, que se hará efectiva, en primer lugar, con cargo a la citada garantía.

Aunque en el presente caso no obra una valoración concreta de los daños y perjuicios sufridos por la Consejería consultante con cargo a dicha garantía, no existe obstáculo para dicha incautación conforme a la doctrina ya expresada de este Consejo Jurídico y, además, se encuentra justificada por aplicación de las mismas cláusulas contractuales, dado que el artículo 100,c) TRLCSP establece que la garantía responde de la incautación que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en el mismo contrato o en la ley se establezca. Y en el contrato objeto de resolución (cláusula cuarta) se establece que la garantía se constituye para responder del cumplimiento de sus obligaciones, habiéndose incumplido por el contratista, como se ha señalado anteriormente.

Así, en el Dictamen 135/2012, de 27 de junio, el Consejo Consultivo de Castilla La Mancha se pronuncia en los siguientes términos:

"Tal debate, sin embargo, no afecta al presente caso, ya que, en el contrato cuya resolución da lugar al presente dictamen, la incautación de la fianza se encuentra prevista expresamente en el pliego (...) Cláusula que es acorde con lo dispuesto en el artículo 88,c) LCSP (100,c) TRLCSP), que, al regular las responsabilidades a las que están afectas las garantías, establece que éstas responden "de la incautación que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido, así como en el artículo 90.1 (hoy 102.1 TRLCSP) interpretado a sensu contrario, donde se dispone que la garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, "o hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista".

De otra parte, dicha incautación de la garantía permite a la Administración resarcirse de unos daños de difícil evaluación económica, puesto que la contratista ha causado perjuicios al interés público de indudable relevancia, si se tiene en cuenta que la obra objeto del contrato, según expresa la Jefa de Sección de Control y Evaluación de Programas de la Dirección General del Agua, "trata de resolver un grave problema de contaminación ambiental, producido por la acumulación de aguas residuales que provocan las fuertes lluvias y el consiguiente vertido al cauce público sin depurar". De igual modo permite a la Administración resarcirse del perjuicio que representa el

retraso para la inversión proyectada (artículo 113 RCAP), al que también se remite el PCAP como normativa aplicable.

En caso de que los daños producidos superen a la garantía incautada, debería tramitarse un procedimiento autónomo, conforme a la 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). Es decir, se requiere un específico procedimiento 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, procedimiento que, normalmente, será *ad hoc* y posterior al 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

ÚNICA.- Procede acordar la resolución del contrato de obras suscrito con la mercantil --, al amparo de lo dispuesto en el artículo 223,d) TRLCSP, en relación con el artículo 214, apartados 2, 4 y 6 del mismo Texto Refundido, 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. Ha de tenerse en cuenta el plazo que resta para resolver el procedimiento.

No obstante, V.E. resolverá.