



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 358/2014

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 17 de diciembre de 2014, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Excmo. Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Cartagena, mediante oficio registrado el día 1 de diciembre de 2014, sobre resolución del contrato de construcción de un campo de fútbol en Urbanización Mediterráneo, Fase I, de Cartagena (expte. 335/14), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Del expediente remitido y a los efectos del presente Dictamen interesa destacar los siguientes hechos:

- A) Adjudicada el 19 de noviembre de 2011 la obra de referencia a la UTE --, con un plazo de ejecución de 4 meses, fue autorizado el director de la misma a presentar una modificación del proyecto que no fue aprobada, al no ajustarse a los términos acordados.
- B) El 11 de septiembre de 2013 se solicitó por parte del Director del contrato la recepción de la obra, que no fue concedida al observarse que se han ejecutado unidades de obra no contempladas en el proyecto, las cuales, según manifiesta el contratista, responden a las instrucciones verbales del Director.
- C) El Director de obras, en sendos escrito de 21 de diciembre de 2012 comunica al Concejal Delegado de Deportes que la obra está completamente finalizada y que para que no interfiera el uso del campo de fútbol con otras actuaciones municipales anexas se han adoptado las debidas medidas de cerramiento.
- D) El 2 de julio de 2014 se da traslado a la contratista de un escrito de la Jefe de Contratación y de Compras sobre la posible imposición de penalidades por el retraso en la ejecución de las obras entre el 15 de febrero de 2011 y el 21 de diciembre de 2012.
- E) El 25 de abril de 2014 la Jefe de Contratación y de Compras razona y propone que debe entenderse recibida de forma tácita la obra, dado que el Director de la misma comunicó en diciembre de 2012 que las instalaciones se encontraban en disposición de ser puestas en uso; propone igualmente que se resuelva el contrato al no haberse ajustado la contratista al proyecto que sirvió de base a la licitación; ambas propuestas fueron informadas favorablemente por el Director de la Asesoría Jurídica municipal el 14 de noviembre de 2014.
- F) Sobre la finalización de la obra y su apertura al uso público incide la contratista en sus alegaciones de 11 y 25 de julio de 2014, a lo que añade que la demora en la ejecución del contrato no es imputable al contratista, dado que, una vez iniciadas las obras, se había autorizado al director a redactar un proyecto modificado, lo que fue la verdadera causa del retraso, y no existe comportamiento alguno de la contratista en tal demora, lo que confirma el

director del contrato en informe de 16 de mayo de 2014; señala igualmente que es notorio que la obra se entregó al Ayuntamiento, aunque no hubiese recepción formal, y que fue inaugurada y puesta en uso desde diciembre de 2012; añade que procede la medición de las obras, su certificación final y su abono, reclamando en tal concepto la cantidad de 46.334, 99 euros, así como la devolución de la fianza; también solicita el archivo del expediente de imposición de penalidades.

SEGUNDO.- En la fecha indicada se ha recibido en el Consejo Jurídico el escrito de la Alcaldesa solicitando Dictamen de este Consejo a los efectos del artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo.

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 propuesta de resolución de un contrato administrativo sobre la que se ha formulado oposición tácita por parte de la contratista, de conformidad con lo establecido en el artículo 211.3, a) 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) y en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

Las circunstancias que rodean la presente consulta justifican realizar unas especiales consideraciones sobre el carácter del Dictamen y su alcance, ya que obra en el expediente un escrito de alegaciones del contratista en el que no consta una expresa oposición a la propuesta de resolución del contrato pero que solicita que, habiéndose producido la recepción tácita, se proceda a la liquidación del contrato, lo que no puede entenderse como aquiescencia de éste a la instada resolución, por lo que debe estimarse la existencia de oposición del contratista y, en virtud de las normas antedichas, emitirse el presente dictamen con carácter preceptivo.

Por otra parte, como resulta, entre otros, de los Dictámenes 145/2012 y 155/2013, el alcance de la preceptiva intervención del Consejo Jurídico se limita a lo que constituye propiamente la pretensión administrativa de resolver o extinguir un contrato de tal índole, junto al necesario pronunciamiento que, en el mismo acto que decida la extinción del contrato, debe hacerse sobre el destino de la garantía definitiva. Sin embargo, lo referente a la liquidación del contrato no está sujeto a preceptivo Dictamen (en el mismo sentido el Dictamen nº 43/13, de 23 de enero, del Consejo Consultivo de Andalucía) pues, en rigor, se trata de un pronunciamiento separado y posterior al referido acto de resolución.

SEGUNDA.- Procedimiento.

I. El presente procedimiento está incurso en caducidad, al haber transcurrido más de tres meses desde su incoación. Así, si lo consideramos iniciado el 25 de abril de 2014 por la Jefe de Contratación y de Compras, según

resulta del expediente, el 25 de julio de 2014 expiró dicho plazo legal.

En relación con la caducidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sostiene su plena aplicabilidad a los procedimientos de resolución contractual iniciados de oficio (SSTS, Sala 3^a, de 2 de octubre de 2007, y 13 de marzo de 2008), doctrina que ya ha sido también incorporada por diversos pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia, entre ellos el de nuestra Región (Sentencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de marzo de 2008), y por diversos Dictámenes de este Consejo Jurídico (90, 96 y 181 de 2009, entre otros).

La caducidad del procedimiento, por otra parte, no impide iniciar uno nuevo con idéntico objeto, toda vez que, de conformidad con el artículo 92.3 LPAC, la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración (por todos, Dictamen 67/2012).

Durante la sustanciación del procedimiento de resolución el plazo de caducidad puede ser suspendido con motivo de la solicitud del preceptivo dictamen de este Consejo Jurídico, al amparo del artículo 42.5, c) LPAC y a la vista de la jurisprudencia que considera que el dictamen de un órgano consultivo cualificado como el Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente debe ser considerado como preceptivo y determinante a los efectos del indicado precepto legal (STS, Sala 3^a, de 11 de abril de 2011, f.d. 5º). Ahora bien, dado que tal precepto configura dicha suspensión como facultativa ("se podrá suspender..."), al no haberse acordado la misma la consecuencia del transcurso del plazo es la caducidad del procedimiento.

II. En cuanto al procedimiento tramitado, debe señalarse que, en principio, y salvo delegación que aquí no consta, el órgano competente para iniciar de oficio un procedimiento de resolución contractual ha de ser el órgano de contratación.

Además de lo anterior, el nuevo procedimiento que, en su caso, se inicie, debe tener en cuenta que las actuaciones realizadas han de culminar con la formal propuesta de resolución formulada por el órgano que tenga competencia para elevarla al de contratación, en la que deberá constar la voluntad de resolver y la causa legal que fundamenta dicha decisión, así como el pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía (art. 225.4 TRLCSP); sin embargo, no debe llevarse a esa parte del acuerdo resolutorio la propuesta de liquidación, pues, como ya se ha indicado, del artículo 239.1 TRLCSP se desprende que la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas es posterior al de su resolución. Además, la propuesta de resolución ha de contener un detallado análisis del incumplimiento que el Ayuntamiento imputa a la empresa contratista, contrastado ello con el estudio de los pliegos y demás documentos a cuyo contenido se ha de ajustar la prestación del contratista y con las alegaciones que pueda haber formulado la contratista a lo largo del procedimiento y, particularmente, en el trámite de audiencia. Tales documentos contractuales, además, han de incorporarse al expediente.

Es de recordar también que las consultas al Consejo Jurídico han de ajustarse a los requisitos establecidos en el artículo 46 del Reglamento de Organización y Funcionamiento (Decreto 15/1998, de 2 de abril).

III. Al margen de lo anterior ha de advertirse que la recepción tácita ha de ser razonada con más detenimiento y, sobre todo, debe acreditarse en el expediente el hecho o hechos que dan lugar a ella (y no tenerse producida por meras manifestaciones), indicándose si afecta a la totalidad o parte de la obra realizada. En efecto, la recepción tácita puede estar afectada por matices (así, por ejemplo, la SAN de 20 de julio de 2009), siendo determinante

para que pueda tenerse por producida la material y efectiva puesta en servicio de la obra en condiciones de idoneidad, que parece ser lo ocurrido en este caso, a la vista de los informes municipales.

Por otra parte, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que, al haberse consumado la recepción tácita, el artículo 235.6 TRLCSP preceptúa que "*se producirán los efectos y consecuencias propios del acto de recepción de las obras*", que no son otros sino la aprobación de la certificación final de la obra en el plazo de 3 meses y su abono a la contratista en el plazo legal, lo que, obviamente, excluye cualquier procedimiento de resolución contractual.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede declarar la caducidad del procedimiento objeto de consulta.

SEGUNDA.- Al haberse producido la recepción tácita que se analiza en la Consideración Segunda, III, procede la liquidación al contratista.

No obstante, V.E. resolverá.