



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **285/2017**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 16 de octubre de 2017, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de las Torres de Cotillas, mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el día 17 de agosto de 2017, sobre resolución de contrato administrativo para la prestación de los servicios técnicos de mantenimiento de las instalaciones de calefacción y agua caliente sanitaria en edificios municipales por incumplimiento del contratista, en el Término Municipal de las Torres de Cotillas (expte. **247/17**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante Decreto nº 1.623/2015, de 2 de septiembre de 2015, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de las Torres de Cotillas adjudicó a "--" el contrato administrativo para la prestación de los servicios técnicos de mantenimiento de las instalaciones de calefacción y agua caliente sanitaria en los edificios municipales, por un plazo de dos años e importe total de 9.667, 90 euros (4.833,95 anuales), prorrogable anualmente por acuerdo de las partes, sin que la duración del contrato pueda superar los cuatro años, conforme a lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rige la contratación.

SEGUNDO.- El 11 de septiembre de 2015 se formaliza el correspondiente contrato, en los citados términos, añadiéndose que el contratista ha prestado una garantía por importe de 799 euros y que la ejecución del contrato comenzará dicho día y finalizará el 10 de septiembre de 2017, ambos inclusive, sin perjuicio de su prórroga en los términos ya expuestos.

TERCERO.- El 16 de diciembre de 2016 la Junta de Gobierno Local acordó iniciar un procedimiento para la imposición de penalidades al contratista por incumplimiento del contrato en cuestión. El 12 de mayo de 2017 dicha Junta acordó declarar la caducidad de dicho procedimiento.

CUARTO.- Previo informe en tal sentido de la Secretaria municipal de 11 de mayo de 2017, el 12 de mayo de 2017 la Junta de Gobierno Local acordó iniciar un procedimiento para declarar la resolución del contrato, por causa de los incumplimientos reseñados en el informe del Ingeniero Técnico Industrial municipal (no consta su fecha ni su autoría, aunque de documentos posteriores se deduce que es de --), cuyo texto transcribe. En síntesis, dichos incumplimientos se refieren a la desobediencia a diversas órdenes dictadas por el Ayuntamiento alterando la regularidad en la prestación de los servicios, no realizar determinadas intervenciones de mantenimiento en los plazos establecidos, realizar otras de forma parcial, ocultamiento o falseamiento de información y no presentación de diversa documentación. En este informe, además, de dichos incumplimientos, el técnico municipal expresa que las deficiencias en el servicio han causado daños por valor de 26.627 euros, desglosado por instalaciones municipales -parece que ello según un informe de la Entidad de Control de Calidad en la Edificación "TUV"-, y añade que el coste de dicho informe, más el importe del acondicionamiento de los daños causados en las tomas de muestras, asciende a 1.656,34 euros, cantidad que, sumada a la primeramente citada, mas el IVA, asciende a 34.222,94 euros. Por todo ello, el citado acuerdo de la Junta Local propone asimismo la pérdida de la garantía a fin de aplicarla al resarcimiento de los daños causados al Ayuntamiento por el referido importe.

QUINTO.- Otorgado un trámite de audiencia al contratista y avalista, el 31 de mayo de 2015 el primero presentó un escrito de alegaciones en oposición al citado acuerdo. En síntesis, realiza las siguientes: a) formula recusación

contra el técnico municipal responsable del seguimiento del contrato, --, por causa de la enemistad manifiesta existente entre éste y x, técnico de la empresa encargado del contrato, obedeciendo a ello la incoación del procedimiento resolutorio (frente al anterior, caducado, de imposición de penalidades, se deduce), lo que se pone de manifiesto tanto en sus comunicaciones verbales como en los correos electrónicos entre el primero y la empresa, cuya aportación se reserva para el momento procedimental oportuno habida cuenta de su carácter reservado, interesando la incoación del correspondiente incidente; b) solicita que se le facilite el informe que, sobre los presuntos daños producidos por los incumplimientos que le imputan, ha emitido una empresa externa, según se desprende del acuerdo municipal notificado, ello a fin de que pueda formular las correspondientes alegaciones; c) contesta cada uno de los incumplimientos a que se refiere el ya citado informe del técnico municipal, bien para rebatir unos, bien para expresar que algunos otros, a lo sumo, serían incumplimientos cuya entidad no justifica la resolución del contrato, adjuntando numerosa documentación sobre los trabajos realizados y documentación presentada durante la vigencia del contrato.

SEXTO.- El 7 de agosto de 2017 el Ingeniero Técnico municipal x emite un informe en el que contesta a las alegaciones formuladas por la contratista. En síntesis, expresa que no concurre la causa de recusación alegada, pues se ha limitado a realizar su trabajo de supervisión de los servicios contratados; en cuanto a la solicitud de que se le facilite a la contratista el informe emitido por una empresa externa *"para valorar el coste de adecuar las instalaciones municipales para su correcto uso y funcionamiento"*, manifiesta que no encuentra inconveniente a ello; por lo que se refiere a las alegaciones de la contratista sobre los incumplimientos del contrato, analiza cada uno de ellos, con remisión, además, en diversos casos, a documentación que dice acompañar a su informe (en concreto, 27 documentos, según expresa, no obrantes en el expediente remitido a este Consejo Jurídico) y varias fotografías incluidas en el cuerpo de dicho informe, sobre daños causados a las instalaciones por dichos incumplimientos, concluyendo dicho informe en que se han justificado incumplimientos de la entidad suficiente para resolver el contrato.

SÉPTIMO.- Mediante Decreto nº 2.649/2017, de 8 de agosto, el Alcalde-Presidente acuerda solicitar el preceptivo Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia y suspender con ello el plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento,

OCTAVO.- En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente tuvo entrada en este Consejo Jurídico la solicitud de Dictamen preceptivo, acompañando a la misma el expediente, en los términos reseñados en los Antecedentes.

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 pretender el Ayuntamiento consultante, en el procedimiento tramitado, declarar la resolución de un contrato administrativo suscrito por aquél, habiendo formulado el contratista su oposición a la pretensión municipal tanto en lo atinente a la resolución misma del contrato como en lo relativo a uno de los pronunciamientos que legalmente debe contener el acto que, en su caso, declare la resolución contractual, como es el de la incautación o no de la garantía, concurriendo con todo ello el supuesto establecido en el artículo 211.3, a) TRLCSP, norma adjetiva aplicable al procedimiento que nos ocupa por estar vigente en la fecha de su iniciación (como ha señalado este Consejo Jurídico en anteriores y numerosos Dictámenes, vgr. el nº 150/2014, de 26 de mayo), y en el artículo 12.7 de la Ley regional 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

Ello al margen de que de lo actuado se desprenda que en el mismo procedimiento se pretende, además, determinar la existencia y alcance de daños y perjuicios que se consideran producidos por los incumplimientos que se imputan al contratista, aspecto que, como la liquidación del contrato, no son de Dictamen preceptivo por este órgano Consultivo.

SEGUNDA.- Cuestiones formales y de procedimiento.

I. Por lo que se refiere a la conformación del expediente remitido a este Consejo Jurídico, se advierte que en el mismo falta la propuesta de resolución final en la que el órgano consultante refleja y concreta su pretensión

resolutoria (artículo 46.1, a) del Decreto regional nº 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia), que es, en rigor, el objeto directo de nuestro Dictamen, según hemos expresado reiteradas veces, y sin que, en este caso, tras la presentación de alegaciones por el contratista conste que se hubiera emitido, al menos, un informe jurídico que, analizando la previa instrucción, pudiera considerarse, a efectos prácticos y para poder emitir el Dictamen sin mayores requerimientos, equivalente a la formal propuesta de resolución que debe culminar el procedimiento previamente a la solicitud de nuestro Dictamen.

Además, se advierte que en el expediente remitido no se incluye la documentación (27 documentos) a que se refiere el informe del Ingeniero Técnico municipal reseñado en el Antecedente Sexto, en los que se apoya para fundar su criterio en favor de la existencia de incumplimientos del contratista justificativos de la resolución contractual.

No obstante, lo que se expresa a continuación (en el siguiente epígrafe II y en la Consideración Tercera) justifica que no proceda requerir al Ayuntamiento para que subsane las carencias documentales indicadas.

II. En efecto, en cuanto al procedimiento tramitado, se advierten deficiencias que implican que, de pretender el Ayuntamiento proseguir con el mismo, debería previamente retrotraer las actuaciones para realizar algunas que resultan preceptivas, relativas, por un lado, al incidente de recusación planteado en su día por el contratista, que no fue tramitado ni resuelto; y, por otro, a la facilitación a éste del informe externo encargado por el Ayuntamiento, según parece, para la valoración de daños y perjuicios que se le imputan y que se pretenden determinar en el presente procedimiento (informe no obrante en el expediente). La omisión de dichas actuaciones hace que el presente procedimiento y su eventual resolución sobre el fondo del asunto estuvieran incursos en causa de anulabilidad de no ser subsanadas tales omisiones.

A) Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones indicadas, se advierte que, iniciado el procedimiento resolutorio por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 12 de mayo de 2017, el mismo quedó automáticamente suspendido, por imperativo legal, cuando el 31 siguiente el contratista formuló recusación contra el técnico municipal encargado del seguimiento del contrato y en cuyos informes previos se había fundado el Ayuntamiento para incoar, primero, un procedimiento para imponer penalidades al contratista por los incumplimientos expresados por dicho técnico (procedimiento del que en el expediente se expresa que se declaró su caducidad, sin que se haya remitido su documentación) y, después, el procedimiento resolutorio que nos ocupa. El artículo 22.2, c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), establece que el procedimiento "se suspenderá" (no que "se podrá suspender", como expresa su número 1) "cuando los interesados promuevan la recusación en cualquier momento de la tramitación de un procedimiento, desde que ésta se plantee hasta que sea resuelta por el superior jerárquico del recusado". En concordancia con dicho precepto, el artículo 74 de la citada ley establece que "las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, salvo la recusación".

Por su parte, el artículo 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), establece lo siguiente:

"1. En los casos previstos en el artículo anterior (que recoge el de enemistad manifiesta entre el funcionario actuante con un mandatario del interesado, lo que incluye, en nuestro caso, al empleado de la contratista encargado de la prestación de los servicios), podrá promoverse recusación por los interesados en cualquier momento de la tramitación del procedimiento.

2. La recusación se planteará por escrito en el que se expresará la causa o causas en que se funda.

3. En el día siguiente el recusado manifestará a su inmediato superior si se da o no en él la causa alegada. En el primer caso, si el superior aprecia la concurrencia de la causa de recusación, acordará su sustitución acto seguido.

4. Si el recusado niega la causa de recusación, el superior resolverá en el plazo de tres días, previos los informes y comprobaciones que considere oportunos.

5. Contra las resoluciones adoptadas en esta materia no cabrá recurso, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que ponga fin al procedimiento".

Según se desprende del expediente, planteada la recusación no consta que se tramitara ni se resolviera el correspondiente procedimiento incidental (lo que, en rigor, implica que el presente procedimiento deba considerarse todavía suspendido, ex art. 22.2, c) LPACAP), sino que se recabó del funcionario recusado un informe sobre las alegaciones del contratista, siendo emitido el 7 de agosto de 2017. Ciertamente que en dicho informe el mencionado funcionario se pronunció sobre la causa de recusación alegada, negando su existencia, pero es que además abordó el resto de alegaciones formuladas por la contratista, lo que no era procedente hasta que el superior jerárquico de aquél resolviera el incidente de recusación, para lo cual, y entre las "*comprobaciones oportunas*" a que se refiere el transcrito artículo 24 LRJSP, debía estar el requerimiento a la empresa de los correos electrónicos en los que decía fundar la causa de recusación de que se trataba, tras lo cual (oído nuevamente el funcionario afectado si así lo hubiera considerado conveniente dicho superior jerárquico) debía haber resuelto el incidente recusatorio. Y sólo en el caso de ser desestimatoria la resolución del mismo, levantada la suspensión del procedimiento resolutorio principal, habría sido procedente solicitar del aludido funcionario un informe sobre el fondo de las alegaciones formuladas por la contratista sobre el cumplimiento del contrato.

No habiéndose actuado así, procedería, como se apuntó al principio, acordar la retroacción de actuaciones al momento en el que el superior jerárquico del funcionario recusado debía haber requerido de la contratista la documentación en que ésta se basaba para plantear la recusación, tras cuya recepción dicho superior jerárquico debería acordar lo procedente, es decir, oír nuevamente al recusado sobre este particular, si así lo considerase, o bien dictar directamente la resolución sobre el incidente.

B) Tras lo anterior, y teniendo en cuenta, como se dijo en su momento, que en el presente procedimiento se pretende determinar también la existencia y alcance de daños y perjuicios que se consideran producidos por los incumplimientos imputados al contratista, resulta necesario atender a lo solicitado por éste en el sentido de que se le facilite el acceso al informe externo encargado por el Ayuntamiento, según parece, a estos efectos (no obra en el expediente remitido a este Consejo Jurídico), y ello con el fin de que, a su vista, se le otorgara el correspondiente plazo para que pudiera alegar lo que estimase oportuno. A ello no se oponía el informe municipal reseñado en el Antecedente Sexto, pero, sin embargo, no consta que se hubiera facilitado o puesto a disposición del contratista el informe en de que se trata, lo que le causa indefensión.

C) Sólo tras todo lo anterior, es decir, tramitado y resuelto el incidente de recusación, facilitado al contratista el informe interesado y otorgado el correspondiente plazo para que formulara alegaciones al respecto, el instructor habría de recabar el oportuno informe técnico sobre las cuestiones de fondo planteadas, es decir, sobre los alegados incumplimientos contractuales y los daños causados por tal motivo, pronunciándose sobre la totalidad de alegaciones que hubiere formulado el contratista. Y, tras todo ello, formularse la preceptiva y correspondiente propuesta de resolución al respecto.

TERCERA.- Improcedencia de acordar la resolución del contrato, por haberse extinguido previamente, por transcurso de su plazo de duración.

Como se indicó anteriormente, las deficiencias advertidas en la tramitación del presente procedimiento carecen, en realidad, de verdadera efectividad si se tiene en cuenta que no procede que el órgano de contratación adopte pronunciamiento alguno sobre la concurrencia o no de causas de resolución del contrato, sino acordar el archivo del presente procedimiento, ya que no puede declararse resuelto un contrato si éste ha de considerarse previamente extinguido por otra causa, en nuestro caso, por haber transcurrido su plazo de duración, que finalizó, como señalaba la cláusula segunda del contrato, el 10 de septiembre de 2017, y ello al tratarse de un contrato de servicios de mera actividad o de tracto continuo, en concreto, la vigilancia y el mantenimiento técnico de determinadas instalaciones durante un tiempo previamente fijado, por lo que el transcurso del plazo fijado a estos efectos en el contrato implica la extinción del mismo, sin perjuicio, eso sí, de que en el procedimiento de liquidación que debe iniciar el órgano de contratación deba ajustarse el precio a los servicios efectiva y correctamente prestados, conforme a lo previsto en el artículo 307 TRLCSP, y determinar, en caso de cumplimiento defectuoso, los daños y perjuicios causados por ello (a cuyo efecto puede acordar la incautación de la garantía, al amparo de lo previsto en el artículo 100, b) TRLCSP, al que se remite expresamente la cláusula 30 del PCAP del contrato).

En este sentido apunta el Dictamen nº 1118/2015, de 26 de noviembre, del Consejo de Estado. Ciertamente que en tal caso, y en otros que allí se citan, se preveía tal solución en supuestos en los que la iniciación del procedimiento resolutorio se había producido una vez finalizado el plazo contractual, pero en otros Dictámenes de dicho Órgano Consultivo, como el nº 1887/2011, de 9 de febrero, se llega a la misma conclusión aun cuando tal

iniciación se produjera durante la vigencia del contrato y se advirtiera que, antes de que pudiera acordarse su resolución, ya había vencido el plazo de duración de aquél.

A este respecto deben realizarse dos consideraciones, a tener en cuenta para el caso que nos ocupa: a) aun cuando se hubiera iniciado el procedimiento resolutorio antes del vencimiento del plazo de duración del contrato, la viabilidad jurídica para, no obstante, declarar su resolución contractual (de existir causa adecuada al efecto, se entiende), requeriría en todo caso, por estrictas razones de buena fe contractual, que dicho procedimiento resolutorio no adoleciera de irregularidades imputables a la Administración contratante que implicaran que dicho procedimiento no se hubiera resuelto en un plazo razonable; en el caso que nos ocupa, y según se desprende de lo expuesto en la precedente Consideración, el procedimiento tramitado incurre en tales irregularidades, porque, como entonces se dijo, de pretender proseguirlo el Ayuntamiento habría de retrotraerlo para realizar las actuaciones allí indicadas; b) en los contratos administrativos de servicios, el específico régimen jurídico establecido en el citado artículo 307 TRLCSP, unido a lo establecido en el artículo 100, b) de dicho texto legal, permiten al órgano de contratación, aún en el caso de que ya no procediera acordar la resolución del contrato, liquidar el mismo conforme a la necesaria evaluación del servicio prestado y, acumuladamente, determinar los hipotéticos daños y perjuicios causados por los eventuales incumplimientos del contratista (previa audiencia de éste y la instrucción que procediera, obviamente), pudiendo acordarse en su seno la incautación de la garantía para responder de dichos daños y sin perjuicio del eventual resarcimiento del importe de éstos que no estuviera cubierto por aquélla; procedimiento en el que habría de fijarse el saldo resultante, pudiendo efectuarse ello mediante la eventual compensación de cantidades, si fuera el caso.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- La pretensión municipal de acordar la resolución del contrato en cuestión se dictamina desfavorablemente, dado que no resulta procedente la prosecución del citado procedimiento, sino su archivo, dado el vencimiento del plazo de duración del contrato.

No obstante, V.S. resolverá.