



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 269/2018

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 15 de octubre de 2018, 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 30 de julio de 2018, sobre resolución del contrato de obras de renovación de fachadas y cubierta central del Mercado Municipal de San Andrés, de Murcia, adjudicado a la empresa -- (expte. 220/18), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 26 de mayo de 2017 la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Murcia adjudicó a -- el contrato de obras de renovación de fachadas y cubierta central del Mercado Municipal de San Andrés, de Murcia, por un importe de 166.945,14 euros y un plazo de ejecución de tres meses a contar desde el día siguiente al de la expedición del Acta de comprobación del replanteo de las obras, a ejecutar conforme al proyecto municipal aprobado y de acuerdo con los pliegos rectores de la contratación. Se acordó la constitución de una garantía definitiva por 6.898,56 euros, en la modalidad de retención del precio, conforme a lo establecido en dichos pliegos.

SEGUNDO.- El 5 de julio de 2017 se firmó el correspondiente contrato. El informe de 17 de julio de 2018, de la Dirección Facultativa de dicho contrato (de posterior reseña), expresa que la referida Acta de comprobación, favorable, se suscribió el 9 de agosto de 2017, por lo que el plazo de ejecución finalizaba, en principio, el 9 de noviembre de 2017.

TERCERO.- El 31 de octubre de 2017 se firma entre contratista y el Arquitecto Municipal director de la obra un Acta de precios contradictorios sobre determinadas nuevas unidades de obra, haciendo constar que no suponen incremento del precio del contrato (sin memoria explicativa).

CUARTO.- Mediante comunicación interior de 7 de noviembre, el Concejal de Comercio, Organización y Relaciones Institucionales comunica al Servicio de Contratación que, consultada la Oficina Técnica, da su conformidad a la pretendida ampliación del plazo contractual por un mes (no consta la documentación sobre la solicitud de ampliación del plazo).

A pesar de la fecha de dicha comunicación, en el Decreto de 6 de noviembre del Teniente de Alcalde Delegado

de Hacienda y Contratación, de aprobación de la referida Acta de precios, se expresa que por Decreto de 3 de noviembre de 2017 de dicho órgano se acordó ampliar en un mes el plazo contractual, quedando fijado en el 9 de diciembre de 2017.

QUINTO.- Mediante Decreto de 5 de diciembre de 2017 el citado Teniente de Alcalde aprueba el Acta de Precios contradictorios nº 2, en la que se hace constar que no suponen incremento del precio del contrato (sin memoria explicativa).

SEXTO.- El 5 de diciembre la empresa presenta escrito en el que expresa que no puede ejecutar en su totalidad los trabajos hasta que no se proceda al desvío de líneas telefónicas y eléctricas que afectan al inmueble, lo que compete a las correspondientes empresas distribuidoras.

SÉPTIMO.- El 20 de diciembre de 2017 se levanta Acta negativa de recepción de la obra, firmada por todas las partes, en la que se hace constar que, a la fecha, faltan por ejecutar diversas partidas de las obras (revestimiento de fachadas, puertas enrollables, colocación de bajantes y otras), sin especificar las causas de ello, dando un plazo de diez días a la contratista para su realización.

OCTAVO.- Mediante correo electrónico enviado al Ayuntamiento el 11 de enero de 2018, la empresa adjunta un denominado "*informe del estado actual de la obra*", fechado en enero de 2018, en el que expresa las incidencias advertidas hasta el momento sobre determinadas partidas, y que pueden dividirse en dos grupos: a) las que ya se han ejecutado, algunas al margen del proyecto, y que han causado retrasos en el plazo y perjuicios económicos para la empresa (incremento del gasto), y que se reseñan en los epígrafes 2 a 5 del informe; y b) la relativa a la fachada de aluminio a instalar en el inmueble (epígrafe 6), sobre la que la empresa alega que, según el proyecto (partidas 2.1 y 2.2), se prevé un tratamiento ("*acabado lacado antigrafiti de Kalzip o equivalente*"), pero no un tratamiento de color (como lo ordena verbalmente la Dirección Facultativa que realice, según se desprende del expediente); además, expresa otras objeciones -menores- sobre otros aspectos, como el número de perforaciones en la chapa (sobre lo que también hay discrepancias con dicha Dirección). Sobre esta segunda incidencia, ofrece colocar un determinado tipo de chapa de aluminio (en color) y con determinadas perforaciones, siempre que se le abone el incremento de precio (con cargo, según se deduce de su confusa expresión en este punto, al 10% adicional permitido por excesos de medición en la obra, que indica que existen).

En el citado correo electrónico la empresa manifiesta que anteriormente se le advirtió al Arquitecto Municipal que "*la chapa no está fabricada hasta que se resuelva el cobro del tratamiento de color que no viene en proyecto y la empresa no va a asumir este coste*".

Este informe no obra en el expediente en el lugar cronológicamente adecuado, sino sólo cuando el 7 de junio de 2018 la empresa presenta un recurso de reposición contra el acuerdo municipal por el que le impone una penalidad económica por retrasos en la ejecución de las obras (f.313 vuelto y siguientes).

NOVENO.- El 15 de enero de 2018 el Arquitecto municipal emite informe, dirigido al Servicio de Contratación, en el que, en síntesis, indica que se han cumplido los diez días de plazo otorgados en el Acta de 20 de diciembre de 2017, quedando por ejecutar aproximadamente el 55% del presupuesto, que corresponde "*en su gran mayoría*" a las partidas de revestimiento de fachadas, "*que no se ha realizado todavía*", sin mayor explicación en este punto. Considera que existe un incumplimiento imputable al contratista de los plazos parciales y final, por lo que advierte

que, conforme al artículo 212.4 del RDL 3/2011, de 14 de noviembre, por el que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), procede la imposición de penalidades o la resolución del contrato.

DÉCIMO.- Mediante correo electrónico de 23 de enero de 2018, un funcionario del Ayuntamiento convoca a las partes a una reunión para el 24 siguiente.

UNDÉCIMO.- Mediante comunicación interior de 5 de febrero de 2018, del Jefe de Servicio de Consumo, Mercados y Plazas de Abastos, dirigida al Servicio de Contratación, se refiere al anterior informe del Arquitecto Municipal y a que se mantuvo la citada reunión, en la que la empresa aportó otro informe, fechado igualmente en enero de 2018, denominado "*unidades de obra pendientes de ejecutar*", en el que refleja las partidas que restan por ejecutar (coincidentes esencialmente con las reflejadas en el Acta negativa de recepción de diciembre anterior), y determina su plazo de ejecución, en un total de seis semanas. El informe incluye la partida de revestimiento de fachadas sin hacer mención a la referida discrepancia sobre el color y precio, mencionando sólo que intentará acortar el plazo de fabricación de las placas.

En consecuencia, dicho Jefe de Servicio considera que procede imponer penalizaciones a la empresa por el retraso padecido, con efectos desde el 8 de enero de 2018, fecha en que considera que debió haber entregado las obras tras la expiración del plazo dado en el Acta negativa de recepción d las obras, así como que procede concederle un plazo adicional de seis semanas para ejecutar las obras pendientes, según el cronograma incluido en dicho informe de la empresa.

DUODÉCIMO.- A propuesta del Teniente de Alcalde Delegado de Hacienda y Contratación, el 9 de febrero de 2018 la Junta de Gobierno municipal acordó: a) iniciar un expediente de imposición de penalidades, a razón de 0,20 euros diarios por cada 1000 euros de precio del contrato, a aplicar desde el 8 de enero de 2018; b) ampliar el plazo del contrato en seis semanas, fijando el plazo final en el 23 de marzo de 2018; y c) otorgar a la contratista un plazo de diez días para alegaciones, sin que conste la presentación de ninguna.

DECIMOTERCERO.- El 13 de marzo de 2018 el Arquitecto municipal emite informe en el que expresa que en enero se ejecutaron obras por importe de 802,85 euros y en febrero por 1.138,04, y que la situación de las obras hace presumir razonadamente que la empresa no cumplirá el plazo del 23 de marzo fijado, pues la presencia de operarios en la obra es mínima o a veces inexistente, sin que hayan comenzado los trabajos relativos a la fachada del inmueble, restando por ejecutar aproximadamente un 55% del presupuesto.

DECIMOCUARTO.- El 22 de marzo siguiente la contratista presenta un escrito en donde manifiesta mantener el compromiso para ejecutar las obras adquirido en la reunión celebrada en su día, señalando que es consciente del retraso, pero que se debe tener en cuenta que su intención inicial era instalar un revestimiento de fachadas (sin color) distinto al requerido por la Dirección Facultativa, del que expresa que no se contempla en el proyecto, no obstante lo cual afirma que están en proceso de adquisición del revestimiento y que en los próximos días pondrá a disposición de la citada Dirección una muestra con las condiciones que requiere, afirmando literalmente preferir "*perder unos días pese a la penalización en (sic, quiere decir para) hacer una buena contratación, pues nuestra primera intención era instalar otro revestimiento con un tratamiento diferente al que pide la D.F.*" (Dirección Facultativa de las obras), (f. 280 exp.).

DECIMOQUINTO.- El 9 de abril de 2018 el Arquitecto Municipal emite nuevo informe en el que expresa que no ha

habido trabajadores en la obra en las últimas tres semanas, que en marzo se certificó obra por 2.632,36 euros, faltando por ejecutar aproximadamente el 55% del presupuesto, entre ello lo relativo a las fachadas del inmueble.

DECIMOSEXTO.- El 9 de mayo de 2018 el Jefe de Servicio de Consumo, Mercado y Plazas de Abastos dirige comunicación interior al Servicio de Contratación en la que, en síntesis, expresa que no existe voluntad del contratista de finalizar la obra pues, a pesar de indicar que había requerido las placas de revestimiento de fachada a una empresa subcontratista, se había contactado con esta última, que no había podido acreditar que hubieran requerido el material al fabricante o que se hubiese efectuado un pago a cuenta del mismo. Por ello, propone la resolución del expediente de imposición de penalidades y la iniciación de un procedimiento para proceder a la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista.

DECIMOSÉPTIMO.- En otra comunicación interior del mismo 9 de mayo, dicho Jefe de Servicio calcula la penalización, a imponer al contratista, en 3.366,50 euros, como resultado de aplicar, desde el 8 de enero al 9 de mayo de 2018, una penalización de 0,20 euros diarios por cada 1000 euros del precio del contrato.

DECIMOCTAVO.- El mismo 9 de mayo de 2018, el Teniente de Alcalde Delegado de Hacienda, Contratación y Movilidad Urbana, manifestando actuar en ejercicio de la delegación especial que afirma haberle conferido la Junta de Gobierno mediante Acuerdo de 23 de febrero de 2018, dispone, vistos los informes previos: a) resolver el procedimiento de imposición de penalidades mediante la imposición de 3.366,50 euros, a descontar de las certificaciones de obra pendientes de pago; b) iniciar expediente de resolución del contrato por incumplimiento del contratista, al amparo de los artículos 212.2 y 223, d) TRLCSP, con los efectos previstos en el artículo 225 del mismo, otorgando a la empresa un plazo de diez días hábiles para alegaciones; c) iniciar el procedimiento de liquidación del contrato; y d) iniciar un procedimiento para la determinación de los daños causados por el incumplimiento contractual. Dicho Decreto es notificado al contratista el citado 9 de mayo de 2018.

DECIMONOVENO.- El 7 de junio de 2018 la contratista presenta un recurso de reposición contra el Decreto de 9 de mayo de 2018 del citado Teniente de Alcalde solicitando su anulación porque *"ha quedado acreditado que no existen causas imputables a la empresa contratista que hayan producido el retraso en la ejecución de la obra, todo lo contrario, las causas han sido las peticiones totalmente fuera del contrato firmado y que no han podido ser asumidas por la contratista"*. Alude la empresa al informe presentado el 11 de enero de 2018, donde ponía de manifiesto estas circunstancias, y que la Dirección de la obra le pedía *"verbalmente"* la instalación del revestimiento en color, cuando en las partidas 2.1 y 2.2 sólo se contemplaba un tratamiento de lacado antigrafiti de finalización (epígrafe 6 del citado informe), lo que supone una modificación del proyecto, sin que la empresa pueda asumir el mayor coste del revestimiento en color si no se le garantiza el pago de su sobrecoste, adjuntando un presupuesto de este revestimiento para su negociación. Añade que en la reunión del 24 de enero de 2018 no hubo acuerdo alguno sobre este punto.

Además, en el citado informe adjunto de 11 de enero de 2018 la empresa se refería a incidencias en otras partidas, que consideraba que habían supuesto, bien un incremento de tiempo en la ejecución, de algunas semanas (epígrafes 2 y 5), bien un sobrecoste para la empresa (epígrafes 4 y 5, por importe de 1.254 y 2.500 euros respectivamente, más la instalación de una lámina más de cristal, epígrafe 3, que no cuantifica).

Adjunta a su recurso copia de escritos acreditativos de correos electrónicos en los que el Ayuntamiento le citaba para dos reuniones (ya expresadas) y del informe reseñado en el Antecedente Octavo.

VIGÉSIMO.- El mismo 7 de junio se levanta acta de comprobación, medición y liquidación de las obras, suscrita por las partes, que, en síntesis, refleja que se ha ejecutado obra por valor de 58.436,44 euros, habiéndose certificado anteriormente 56.676,40 (IVA excluido), por lo que arroja un saldo favorable al contratista de 2.130,86, una vez incluido el IVA.

VIGESIMOPRIMERO.- Solicitado informe al Arquitecto Municipal sobre el recurso presentado por el contratista, fue emitido el 17 de julio de 2018, en el que, en síntesis, expresa lo siguiente.

En los tres primeros meses de ejecución del proyecto (agosto-octubre), la empresa no ejecutó obra ni por importe del primer mes previsto, según el importe de certificaciones que expresa. Terminado el plazo final tras las ampliaciones acordadas (23 de marzo de 2018), en abril de este año, tras la medición final y liquidación, ha ejecutado obra por un total de 70.708,09 euros, faltando por ejecutar 96.237,05 euros, es decir, el 57,64% del presupuesto.

En cuanto a las obras que restan por ejecutar, señala, por un lado, en cuanto al revestimiento de aluminio de las fachadas del inmueble (según las partidas 2.1 y 2.2 del proyecto, por importe total de 61.043,75 euros, es decir, el 36,56% de lo que resta por ejecutar), que en escrito de 13 de octubre de 2017 la empresa solicitó una prórroga del plazo alegando que estaba en fabricación, sin cuestionar el tema del color, que sólo lo hace cuando había finalizado el plazo contractual (se deduce que se refiere al informe sobre incidencias presentado en enero de 2018, cuando el plazo había finalizado el 9 de diciembre anterior ?aunque luego se prorrogaría hasta el 23 de marzo de 2018).

Además, expresa que la empresa presentó una muestra del revestimiento en color, a la que se le dio el visto bueno, si bien se le solicitó una muestra de la esquina de la fachada, que no llegó a presentar. En cuanto al discutido tema del color, el Arquitecto municipal expresa que iba incluido en el proyecto porque en las citadas partidas se expresa que la fachada debe estar "*totalmente terminada*".

Por otra parte, en cuanto al resto de obras por ejecutar (el 21,08% -el total del 57,64% menos el citado 36,56% del revestimiento de fachada), el citado técnico indica que se trata del "*cambio de todas las puertas, rótulos, instalación eléctrica, etc.*", sobre cuya inejecución no hay justificación alguna en el expediente.

Por último, el informante se refiere a las partidas ejecutadas con incidencias, para rebatir lo expresado en los epígrafes 2 a 5 del citado informe de 11 de enero de 2018, salvo respecto del 3, relativo a la colocación de una lámina más de vidrio, que reconoce.

VIGESIMOSEGUNDO.- El 26 de julio de 2018, el citado Teniente de Alcalde formula una propuesta de resolución, a elevar a la Junta de Gobierno, para: a) aprobar la medición, comprobación y liquidación de las obras, con un saldo a favor del contratista de 2.130,86 euros; b) resolver el contrato por causa imputable al contratista, de acuerdo con los informes emitidos; c) incautar la garantía definitiva, por importe de 6.898,56 euros, constituida mediante retención en el precio de las certificaciones; d) suspender el plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento desde que se solicite el preceptivo Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia y hasta la recepción del mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 22.1 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común (LPACAP).

VIGESIMOTERCERO.- En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se remitió a este Consejo Jurídico el expediente, con su índice reglamentario.

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 un procedimiento en el que se pretende declarar la resolución de un contrato administrativo suscrito por un Ayuntamiento de esta Comunidad Autónoma habiendo formulado el contratista su oposición a la propuesta municipal, en el extremo en que la empresa niega su culpabilidad en el retraso en el cumplimiento del contrato, aspecto que se proyecta en una de las determinaciones que legalmente debe contener el acto que, en su caso, declare la resolución contractual, la incautación o no de la garantía definitiva (procedente si la resolución es por incumplimiento culpable del contratista, como posteriormente se desarrollará). Dicha oposición a la pretensión municipal de declarar la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista se desprende con claridad de la oposición, expresa, que el contratista formula a la resolución municipal que le impone penalización económica por su retraso culpable, al interponer un recurso de reposición contra dicha resolución municipal. En una interpretación antiformalista de los casos de oposición del contratista a la resolución del contrato administrativo que determinan la intervención preceptiva de este Consejo Jurídico, es claro que si el contratista niega su incumplimiento culpable a efectos de dicha penalización, se debe entender formulada su oposición a la resolución del contrato por dicha causa, máxime cuando la imposición de la penalización y la iniciación del procedimiento de resolución del contrato se realizaron en el mismo acuerdo municipal (el de 9 de mayo de 2018, Antecedente Decimoctavo). De esta manera, el escrito de recurso de reposición contra la imposición de dichas penalidades opera asimismo como un escrito de alegaciones en oposición a la pretendida resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista.

Con la referida oposición del contratista concurre el supuesto establecido en el artículo 190.3, a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), precepto adjetivo 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 el reciente nº 253/2018, de 1 de octubre). La preceptividad del Dictamen se deriva, asimismo, del artículo 12.7 de la Ley regional 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

Lo anterior justifica que el presente Dictamen se centre, esencialmente, en la procedencia o no de acordar la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista y la incautación y pérdida de la garantía definitiva. Ello sin perjuicio de la conveniencia de abordar un concreto aspecto de la recurrida resolución municipal de imposición de penalidades, al advertirse una cuestión de interés que alcanza más allá del presente caso, como se expresará en la Consideración Quinta del Dictamen.

SEGUNDA.- Cuestiones formales y de procedimiento.

I. En lo referente a las cuestiones formales, debe destacarse que falta el extracto del expediente exigido por el artículo 46.2,b) del Decreto regional 15/1999, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de este Consejo Jurídico, lo que deberá tenerse en cuenta para posteriores consultas.

Además, de lo expresado en el Antecedente Cuarto se desprende que faltan en el expediente remitido algunos antecedentes del caso.

II. En cuanto al procedimiento tramitado, se advierte que tras la propuesta de resolución formulada por el Teniente de Alcalde Delegado de Contratación para ser remitida a este Consejo Jurídico a efectos de la emisión de Dictamen, la Junta de Gobierno aprobó dicha propuesta con tal determinación instructora, lo que revela, obviamente, que su intención no era resolver en ese momento el fondo del asunto, sino ratificar la actuación procedural del citado Teniente de Alcalde. Sin embargo, como hemos expresado en otros expedientes similares en este punto, tal ratificación es improcedente, pues, siendo dicha Junta la competente para resolver el fondo del asunto, sólo le resta, en su momento, tras la recepción del Dictamen de este Consejo (y de las actuaciones instructoras que, en su caso, se indicaran y realizaran), dictar la correspondiente resolución sobre dicho fondo del asunto, como órgano de contratación que es en el presente caso (por no constar que hubiera delegado la facultad de resolver el contrato).

En cuanto a la petición de Dictamen a este Consejo Jurídico, ya hemos señalado asimismo que compete al Alcalde u órgano en quien hubiere delegado tal facultad, sin perjuicio de que sea el instructor del procedimiento quien incluya en su propuesta de resolución tanto la procedencia de solicitarlo como la determinación de que el plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento quede suspendido, conforme al ya citado artículo 22.1 LPAC, desde que se solicite efectivamente dicho Dictamen (en principio, como se ha dicho, por el Alcalde) y hasta su recepción.

Por otra parte y en relación asimismo con el citado plazo máximo para resolver y notificar el presente procedimiento, le es de aplicación, como norma procedural que es y por las razones expresadas en el ya citado Dictamen nº 253/2018, el artículo 212.8 de la nueva LCSP, que establece un plazo máximo de ocho meses para dictar la resolución expresa, plazo que ha de entenderse como de caducidad en caso de superarse cuando se pretenda acordar una medida gravosa para el contratista como es la pérdida de la garantía definitiva. (Ante la duda acerca de si en tal plazo debe asimismo notificarse la resolución del procedimiento -lo que no expresa el referido precepto-, se considera que debe procederse a ello, por seguridad jurídica).

Dicho plazo de ocho meses debe computarse desde la iniciación del procedimiento, en nuestro caso el 9 de mayo de 2018. Considerando que de no haberse acordado la suspensión de dicho plazo el término del mismo sería el 9 de enero de 2019, al acordarse tal suspensión (que debe considerarse efectiva desde que el órgano solicitante registra de salida su solicitud de Dictamen, como hemos expresado en otros Dictámenes), a la citada fecha de término del plazo deben añadirse los días (naturales, al computarse los ocho meses de fecha a fecha) que transcurran entre el 30 de julio de 2018 (fecha de registro de salida del escrito de solicitud de Dictamen) y el día de recepción del presente, ambos incluidos (salvo que antes de dicha recepción transcurrieran más de tres meses desde la solicitud, en cuyo caso el plazo máximo de resolución se reanudaría transcurridos dichos tres meses, ex artículo 22.1,d) LPAC).

TERCERA.- Procedencia de acordar la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista.

A la vista de la fecha de adjudicación del contrato, el régimen sustantivo aplicable al mismo, incluyendo lo relativo a las causas de resolución del contrato y sus efectos, es el TRLCSP citado en su momento. El artículo 223 de dicho texto legal establece como causa de resolución "*la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista*".

Del expediente remitido se advierten varias circunstancias que resultan relevantes para concluir en la procedencia de acordar la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista.

En primer lugar, deben destacarse algunos hechos acaecidos durante la ejecución del contrato que revelan, cuando menos, un comportamiento errático y poco diligente del contratista a la hora de ejecutar el contrato en el plazo final establecido.

Así, del Antecedente Cuarto se desprende que el plazo final, tras su ampliación por un mes, se fijó en el 9 de diciembre de 2017, sin que a tal determinación, ni en la fecha de acordarse tal plazo ni a su vencimiento, conste que el contratista hubiera planteado formalmente discrepancia u objeción alguna en relación con el revestimiento de la fachada del inmueble. En el Acta negativa de recepción de la obra, levantada el siguiente 20 de diciembre de 2017, el contratista la suscribe sin manifestar objeción alguna, y en dicha Acta se le conceden 10 días de plazo para finalizar la obra, sin que en tal plazo formalice discrepancia alguna ni ejecute las obras pendientes, que representaban aproximadamente el 55% del precio. Sólo posteriormente, el 11 de enero de 2018, es decir, cuando ya había vencido el plazo contractual y el plazo adicional dado en la referida Acta, presenta un informe de incidencias entre las que se encuentra la discrepancia interpretativa sobre el alcance de las partidas 2.1 y 2.2, relativo al color o no de las placas de revestimiento (discrepancia de carácter meramente técnico, en los términos expresados en el Antecedente Octavo, que, por tener dicho carácter, no requería de intervención de este Consejo Jurídico).

Sin embargo, en el Antecedente Undécimo se reseña otro escrito de la contratista, también de enero de 2018, en el que ya no plantea dicha discrepancia, presentando un cronograma de las partidas que restan por ejecutar, y en donde afirma que intentará acortar el plazo de fabricación de las placas de revestimiento. Como el cronograma expresa que se necesitarán seis semanas adicionales, se amplía el plazo (que estaba ya vencido, sin perjuicio de la tolerancia posterior a este respecto del Ayuntamiento) en dichas seis semanas, hasta el 23 de marzo de 2018 (Antecedente Duodécimo).

Un día antes de finalizar dicho plazo, el 22 de marzo, la contratista presenta un escrito en donde manifiesta mantener el compromiso para ejecutar las obras adquirido en la reunión celebrada en su día, señalando que es consciente del retraso (aceptando las penalizaciones por tal causa), pero que se debe tener en cuenta que su intención inicial era instalar un revestimiento de fachadas (sin color) distinto al requerido por la Dirección Facultativa, del que expresan que no se contempla en el proyecto, no obstante lo cual afirman que están en proceso de adquisición del revestimiento y que en los próximos días pondrán a disposición de la citada Dirección una muestra con las condiciones que ésta requiere (Antecedente Decimocuarto).

A partir de ahí, según el informe de la Dirección Facultativa, la empresa no ejecuta en abril obra alguna, ni presenta la muestra de fachada que se comprometió a presentar, suscribiendo la empresa, junto a dicha Dirección, un acta de medición, comprobación y liquidación de las obras por importe de 70.708,09 euros (IVA incluido), lo que supone que falta por ejecutar el 57,64% del precio de adjudicación (Antecedentes Vigésimo y

Vigesimoprimer).

Dejando en principio al margen de ese porcentaje el importe relativo a las disputadas partidas 2.1 y 2.2 sobre la fachada (el 36,56%), existe un 21,08% que el contratista no ha ejecutado, sin justificación ninguna en el expediente. Esa falta de ejecución ya justificaría la resolución por incumplimiento culpable del contratista.

Pero a ello, como se dijo antes, debe añadirse la errática postura del contratista sobre la ejecución del revestimiento de la fachada del inmueble, plasmada sobre todo en el ya citado escrito y documento de enero de 2011 presentado por la propia contratista, que incluía la fabricación y colocación del revestimiento tal y como había indicado la Dirección Facultativa y que llevó al órgano de contratación a otorgar un plazo adicional de seis semanas para ejecutar las obras pendientes según el cronograma incluido en dicho escrito. Con el otorgamiento de dicho plazo adicional mediante acuerdo de la Junta de Gobierno de 9 de febrero de 2018 (Antecedente Duodécimo), el órgano de contratación estaba implícitamente resolviendo la discrepancia técnica sobre el revestimiento de la fachada del inmueble (aunque la Dirección Facultativa debió ya entonces informar por escrito sobre su criterio al respecto). Y debe destacarse que lo acordado por el órgano de contratación, fue entonces aceptado por la contratista, lo que era lógico pues iba en el sentido del referido escrito de aquélla. Sin embargo, dicho plazo y lo expresado en tal escrito sobre las obras que restaban por ejecutar, revestimiento incluido, fue incumplido por la empresa.

Todo ello conduce a concluir que existe un incumplimiento culpable del contratista, tanto en lo relativo al plazo como a la inejecución parcial de la obra contratada, lo que justifica acordar la resolución del contrato por las referidas causas, con fundamento en los artículos 223, c) y f) TRLCSP.

CUARTA.- Procedencia de acordar la incautación y pérdida de la garantía y modo de hacer efectiva tal medida en el presente caso.

I. En cuanto a los efectos de la resolución, en particular a la incautación y pérdida de la garantía, aquí de 6.898,56 euros, hemos de remitirnos, en primer lugar, a la doctrina expresada por este Consejo Jurídico en Dictámenes como el nº 337/2014, de 11 de diciembre, del que se destaca lo siguiente:

"Así, en nuestro Dictamen nº 261/12, de 5 de noviembre, expresamos lo siguiente:

"...a pesar de la dificultad de encajar en la literalidad de la LCSP (se refería, obviamente, a la de 2007, extensible ello a su Texto Refundido de 2011, aplicable en nuestro caso) el régimen jurídico de la incautación que estaba antes vigente (el de todos los previos textos legales de contratación administrativa), se han alzado opiniones autorizadas que mantienen el carácter automático de la incautación, dado que, de otro modo, la resolución no tendría efectos económicos directos sobre el contratista, en razón a la evidente dificultad de probar de forma anticipada a la resolución gran parte de los daños que aquélla causa a la Administración.

A esta opinión doctrinal, se une que, también el legislador estatal, con la modificación operada por el Real Decreto Legislativo 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, en el artículo 208.5 LCSP -referido a la resolución del contrato por la declaración de concurso del contratista, lo

que aunque excluye su aplicación directa al supuesto sometido a consulta sí que ofrece un criterio útil para la exégesis del papel o función de la garantía en el sistema de la contratación administrativa- ya no vincula la fianza con una exclusiva función resarcitoria de daños y perjuicios, sino que dispone la pérdida de la garantía cuando el concurso hubiera sido declarado culpable.

Así pues, como ya anticipaba nuestro Dictamen 208/2011 y confirman Dictámenes posteriores como el 89/2012, de conformidad con lo establecido en el artículo 90.1, interpretado "a sensu contrario", en cuya virtud la garantía no será devuelta hasta que se declare la resolución del contrato sin culpa del contratista, y el 208.4 LCSP en la interpretación expuesta, este Consejo Jurídico estima que el nuevo régimen establecido por la indicada Ley no ha supuesto una alteración sustancial en la naturaleza de la fianza, que continúa cumpliendo una función penal o punitiva del incumplimiento culpable del contratista, junto a la estrictamente resarcitoria, por lo que en el supuesto objeto de Dictamen procede acordar la incautación de la garantía prestada".

En el caso que nos ocupa, la cláusula quinta del contrato administrativo firmado el 5 de junio de 2017 entre las partes (f. 129 vuelto) establece que "*la empresa (...) acredita haber constituido la garantía definitiva por un importe de 6.898,56 euros mediante retención en el precio, garantía que no será devuelta o cancelada hasta que se haya cumplido satisfactoriamente el contrato o resuelto éste sin culpa del contratista*". En consecuencia, dada la procedencia de declarar la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, procede acordar, asimismo, la incautación y pérdida de la garantía definitiva.

II. Ahora bien, el presente caso presenta una singularidad en cuanto al modo de hacer efectiva la incautación y pérdida de la garantía, pues ya se ha dicho que en el contrato se estipuló, de acuerdo con lo previsto en la cláusula 13.4 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), que la garantía definitiva se constituiría mediante retención en el precio, añadiendo dicha cláusula el modo de efectuar esa retención en el precio, estableciendo al efecto que "*el importe de la garantía definitiva se deducirá de la primera factura o certificación y, en el supuesto de que con ésta no se completara dicho importe, se deducirá de la segunda y, en su caso, de las sucesivas, de modo que el abono al adjudicatario del precio del contrato en los términos que legalmente procedan sólo tendrá lugar una vez que la garantía definitiva haya sido íntegramente constituida*" (f. 13 vuelto exp.).

Examinado el expediente, se advierte que lo anteriormente estipulado se cumplió mediante la retención del importe total de la certificación nº 1 (de agosto de 2017, también denominada en el expediente como "*factura nº 52*"), por importe de 4.087,91 euros (f. 163 a 168 exp.), y de parte de la certificación nº 2 (de septiembre de 2017, también denominada en el expediente como "*factura nº 59*"), por importe de 8.500,85 euros, de la que se retuvieron 2.810,75 euros (f. 175 a 189 exp.).

En consecuencia, en la propuesta de resolución que se eleve a la Junta de Gobierno deberá especificarse lo anterior, y en la parte dispositiva, deberá expresarse que se acuerda la pérdida de la garantía definitiva de las cantidades antes mencionadas, retenidas en las certificaciones nº 1 y 2, correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2017, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 13.4 PCAP y quinta del contrato.

Por último, debe decirse que, en la medida en que no procede liquidar un contrato si antes no se ha extinguido (bien por cumplimiento, bien por resolución, como sería el caso), la aprobación por el órgano de contratación de la liquidación a que se refiere la propuesta de resolución remitida debe ser un pronunciamiento sistemáticamente posterior al que acuerde la resolución del contrato y la incautación y pérdida de la garantía.

QUINTA.- Sobre el alcance de la penalización impuesta al contratista.

Como se expuso en la Consideración Primera, resulta procedente abordar un aspecto de la resolución municipal, de 9 de mayo de 2018 (Antecedente Decimoctavo), que resolvió el procedimiento de imposición de penalidades mediante la imposición de 3.366,50 euros, a descontar de las certificaciones de obra pendientes de pago, resolución recurrida en reposición, sin que conste la resolución del recurso.

De este procedimiento se desprende que se inició el 9 de febrero de 2018 con el objeto de imponer las penalidades diarias a que se refiere el artículo 212 TRLCSP, al que se remite la cláusula 17 PCAP, fijando el momento de comienzo del cómputo del periodo de penalización en el 8 de enero de 2018, por entender que desde tal fecha había finalizado el plazo de 10 días dado en el Acta de recepción negativa de las obras (reseñada en el Antecedente Séptimo). El término del periodo de penalización es el 9 de mayo siguiente porque el Ayuntamiento considera, desde entonces, que el contratista no tiene voluntad de continuar las obras según los compromisos previamente adquiridos y ha transcurrido el último plazo de seis semanas concedido, por lo que opta ya por iniciar el procedimiento de resolución contractual, al carecer de sentido la prosecución en la imposición de penalidades.

Sin embargo, entendemos que el momento de comienzo del periodo de imposición de penalidades diarias debe ser, por razón del principio de confianza legítima y seguridad jurídica, aquél en el que la Administración notifica al contratista su intención de imponerle tales penalidades al haber advertido un retraso en el cumplimiento de los plazos imputable a aquél, es decir, en la fecha de notificación de la incoación de un procedimiento con tal objeto, pues sólo cuando el contratista conoce tal intención viene a sentirse compelido, con la futura imposición de las penalidades (obviamente, si se acredita el presupuesto básico, el retraso imputable al mismo) a adoptar las medidas necesarias para acelerar la ejecución del contrato y reducir la mora en que hubiere incurrido. Entre la fecha de finalización del plazo formalmente establecido para la ejecución del contrato y la de iniciación del procedimiento de imposición de penalidades puede transcurrir, a veces, un dilatado lapso de tiempo en el que la Administración, o bien concede informal y verbalmente un plazo adicional, o simplemente tolera el cumplimiento moroso del contratista, pero sin iniciar medida coercitiva alguna, y ese tiempo no puede ser objeto de penalización retroactiva en la resolución que posteriormente se adopte sobre la imposición de penalidades, pues iría en contra del mencionado principio de confianza legítima (artículo 3.1,e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

Por ello, en dicha resolución pueden imponerse penalizaciones, según el criterio legal de imposición de una determinada cantidad por día, como máximo desde la fecha de notificación de la iniciación del procedimiento de imposición de penalidades (lo que, por seguridad jurídica, debería indicarse al contratista en el acuerdo de iniciación), pero no retrotraer el periodo de cómputo de la penalización a un momento anterior a dicha notificación.

En el presente caso, como la notificación al contratista de la iniciación de dicho procedimiento de imposición de penalidades se produjo el mismo 9 de febrero de 2018 en que se acordó tal medida (f. 261 a 263 exp.), la penalización diaria legalmente establecida debe computarse desde tal fecha, no desde el anterior 8 de enero de 2018, como hizo el Ayuntamiento, y hasta el 9 de mayo siguiente, en que acuerda la iniciación del procedimiento de resolución contractual. Ello supone una minoración del periodo de cómputo de las penalizaciones diarias (27,59 euros/día, según el informe obrante al f. 287 exp.), lo que debería llevar a una reducción de las penalidades en la resolución que estimara, parcialmente, en este aspecto, el recurso de reposición presentado por el contratista, aunque no lo hubiere planteado. El importe resultante debería ser hecho efectivo a favor del Ayuntamiento con cargo al saldo de liquidación favorable al contratista reseñado en el Antecedente Vigésimo (y, de no ser suficiente, en procedimiento administrativo resarcitorio posterior).

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Debe tenerse en cuenta lo expresado en la Consideración Segunda de este Dictamen sobre los aspectos formales y de procedimiento resultantes del expediente remitido.

SEGUNDA.- El órgano de contratación municipal puede acordar la resolución del contrato de referencia por incumplimiento culpable del contratista del plazo final de ejecución y por su inejecución de parte de las obras contratadas, en los términos y por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

TERCERA.- En tal caso, procede acordar la incautación y pérdida de la garantía definitiva, en los términos expresados en la Consideración Cuarta.

CUARTA.- Debe tenerse en cuenta lo expresado en la Consideración Quinta sobre el alcance de las penalidades a imponer al contratista.

No obstante, V.E. resolverá.