



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **54/2021**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 22 de marzo de 2021, 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 Abarán, mediante oficio registrado el día 16 de febrero de 2021 (Registro 202100049195), sobre resolución de contrato de obras con la mercantil URDEMA, S.A. sobre obras de pavimentación, reposición de redes de abastecimiento, saneamiento y pluviales en calle Luis Carrasco, Abarán (exp. 2021_032), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El contrato de obras cuya resolución pretende el Ayuntamiento consultante ya ha sido objeto de conocimiento por el Consejo Jurídico en dos Dictámenes previos, los señalados con los números 230/2019 y 234/2020, que advirtieron defectos procedimentales, en el primer caso, y la caducidad del procedimiento, en el segundo, que impedían un pronunciamiento sobre el fondo.

Cabe recordar ahora, siquiera de forma sintética, lo actuado en tales procedimientos previos, a modo de antecedentes de interés para las consideraciones que en el presente Dictamen se efectúan:

1º. Por Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Abarán de 14 de mayo de 2018 se propone la resolución del contrato de obras "*Pavimentación, reposición de redes de abastecimiento, saneamiento y pluviales. Calle Luis Carrasco (entre Calle Alfonso X El Sabio y Calle El Pino)*", incluidas en el Plan de Actuación regional de dinamización de obras y servicios municipales para el año 2016, por incumplimiento parcial del mismo, al no haber ejecutado las mejoras que forman parte de su objeto.

Este primer procedimiento finaliza por Decreto de la Alcaldía, de 15 de junio de 2018, por el que se resuelve el contrato.

2º. Formulado recurso de reposición por el interesado, es estimado por Decreto de la Alcaldía de 20 de junio de 2018, al reconocer que el órgano competente para la resolución del contrato es la Junta de Gobierno Local y no el Alcalde.

3º. La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Abarán, el 1 de febrero de 2019, acuerda iniciar procedimiento (el segundo) para la resolución del contrato, por incumplimiento culpable del contratista, al no haber ejecutado las mejoras que forman parte de su objeto, con incautación de la garantía definitiva.

4º. El 15 de febrero de 2019 el contratista manifiesta que "*se opone a la resolución del contrato en los términos que establece el Ayuntamiento de Abarán. Nos remitimos al informe del Secretario Accidental que obra en el expediente, en el sentido de que no ha habido un incumplimiento total por parte de la empresa adjudicataria de las obras*".

5º. Solicitado el Dictamen de este Consejo Jurídico, se emite el 3 de junio de 2019 con el número 230/2019, que concluye en la necesidad de completar el procedimiento con dos trámites preceptivos omitidos: el informe jurídico del Secretario y la propuesta de resolución.

6º. Con fecha 21 de agosto de 2020 se emite informe por la Secretaría Municipal, concluyendo que "*procede la*

resolución, de oficio, del contrato de obras de "...", por causa imputable al contratista, de conformidad con el artículo 225 TRLCSP, con los efectos referidos en los apartados 3 y 4 del citado artículo y de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 109 del RGLCAP, debiendo ser el órgano de contratación el que acuerde la resolución del contrato, previos los informes preceptivos.

Una vez resuelto el contrato, se procederá a la liquidación del mismo, le será incautada la garantía al contratista y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada".

7º. Se adjunta, además, propuesta de resolución de fecha 22 de agosto de 2018, del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento a la Junta de Gobierno Local para:

"PRIMERO. Iniciar procedimiento para la resolución del contrato de obra PAVIMENTACIÓN, REPOSICION DE REDES DE ABASTECIMIENTO, SANEAMIENTO Y PLUVIALES. CALLE LUIS CARRASCO (ENTRE CALLE ALFONSO X EL SABIO Y CALLE EL PINO), ABARÁN. MURCIA, incluidas en el Plan de actuación regional de dinamización de obras y servicios municipales para el año 2.016 por incumplimiento culpable del mismo, al no haber ejecutado las mejoras que forman parte de su objeto, con incautación de la garantía definitiva.

SEGUNDO. Otorgar trámite de audiencia por plazo de diez días a URDEMA S.A. CIF A-30073860 para que aleguen lo que a su derecho convenga".

8º. Efectuada la preceptiva consulta al Consejo Jurídico, el 28 de octubre de 2020 se evacua Dictamen 234/2020, cuya conclusión es que *"Procede declarar la caducidad del procedimiento de resolución del contrato incoado por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 1 de febrero de 2019, al haberse rebasado el plazo máximo legal establecido para su tramitación"*.

SEGUNDO.- Con fecha 21 de diciembre de 2020, el Alcalde de Abarán propone a la Junta de Gobierno Local iniciar procedimiento de resolución del contrato de obra "Pavimentación, Reposición de Redes de Abastecimiento, Saneamiento y Pluviales Calle Luis Carrasco (entre Calle Alfonso X El Sabio y Calle el Pino", por incumplimiento culpable del contratista, al no haber ejecutado las mejoras que forman parte de su objeto, con incautación de la garantía definitiva. Se propone, asimismo, otorgar trámite de audiencia al contratista.

El 29 de diciembre de 2020 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Abarán aprueba dicha propuesta.

TERCERO.- Conferido trámite de audiencia al contratista, presenta alegaciones el 28 de enero de 2021, en oposición a la resolución contractual. Manifiesta que la obra principal está completamente ejecutada, y que la controversia afecta a las mejoras ofertadas, que no se han ejecutado y cuya valoración asciende a 20.603,04 euros.

Afirma que, durante la ejecución del contrato y por decisiones de la Dirección facultativa y del Ayuntamiento se produjo un importante exceso de obra, con un considerable aumento en las mediciones y ejecución de unidades nuevas, que cuantifica en 36.103,51 euros, más IVA.

Las discrepancias en cuanto a la valoración de tales excesos de obra y la negativa del Ayuntamiento a abonar tales trabajos llevó a la contratista a proponer la compensación de las mejoras del contrato con el exceso de obra, contestando la Administración municipal primero con la imposición de penalidades y luego con la incoación del procedimiento de resolución contractual.

Sostiene el contratista que no hay incumplimiento esencial del contrato porque la obra principal está ejecutada y que, en realidad lo que subyace a todo el procedimiento es el incumplimiento por parte del Ayuntamiento de su obligación de abonar el coste de las obras realizadas por orden suya al margen el contrato, lo que da lugar a un enriquecimiento injusto de la Administración.

Finalmente, alega que la incoación de un tercer procedimiento para resolver el contrato constituye una vulneración del principio de seguridad jurídica y un abuso de derecho.

En atención a todo lo expuesto, manifiesta el contratista su oposición a la resolución del contrato y solicita el sobreseimiento y archivo del expediente.

Se adjunta un informe, presentado al Ayuntamiento en marzo de 2018, para justificar las mediciones de los excesos de obra y nuevas partidas ejecutadas.

CUARTO.- Con fecha 10 de febrero de 2021, el Alcalde de Abarán formula consulta al Consejo Jurídico, que acompaña únicamente de la documentación obrante en el expediente del procedimiento de resolución contractual incoado el 29 de diciembre de 2020, a la que se une el informe de la Secretaría Municipal de 21 de agosto de 2020. No se acompaña entre dicha documentación la preceptiva propuesta de resolución al órgano de contratación.

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 la pretensión municipal de resolver un contrato administrativo a la que se opone la empresa contratista, de conformidad con el artículo 191 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), 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; preceptos determinantes, como se dice, de la preceptividad de nuestro Dictamen en lo atinente a los referidos aspectos.

SEGUNDA.- Remisión del expediente.

Examinado el expediente remitido junto a la consulta, se advierte que su conformación no se ajusta de forma plena a lo que establecen los artículos 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), y 46 del Decreto 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, todo ello en relación con el sistema de comunicaciones electrónicas al que se refiere el Acuerdo de este Órgano consultivo 12/2019, de 20 de mayo, ya remitido a ese Ayuntamiento a través del Sistema de Interconexión de Registros el día 31 de mayo de 2019, y que son los siguientes:

- 1.- El expediente, completo, se paginará y se ordenará cronológicamente por orden de fecha de los documentos contenidos, del más antiguo al más reciente, e irá acompañado de un índice que los numere y exprese las páginas que conforman cada uno de ellos. Dicho índice contendrá una diligencia certificando que, de acuerdo con el artículo 70 LPACAP, el expediente está completo y los documentos son auténticos.
- 2.- Cada documento del expediente irá en un archivo al que se dará una denominación descriptiva de su contenido (su orden numérico seguido de la fecha del documento, y de su descripción; por ejemplo: [nn_aaaammdd_Solicitud del Interesado], [nn_aaaammdd_Propuesta de resolución]).

TERCERA.- Procedimiento.

I. Adjudicado el contrato por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Abarán, la resolución de aquél corresponde también a dicho órgano de contratación (artículo 212.1 de la LCSP, y 109.1 Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas RCAP).

II. Adjudicado el contrato cuya resolución se pretende el 13 de julio de 2017, es decir, antes de la entrada en vigor de la LCSP, de conformidad con su Disposición transitoria primera, 2, el régimen jurídico sustantivo aplicable a dicha resolución contractual será el establecido en la normativa anterior, esto es, el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y el RCAP.

Por otra parte, y de acuerdo con reiterada doctrina del Consejo de Estado (entre otros, Dictámenes números 1767/2005, 2315/2004, 2314/2004, 2382/2003, 142/2003, 8/2003, 1598/2002, 527/2000 y 3437/99), la

determinación de la Ley aplicable al procedimiento de resolución del contrato y a la competencia del órgano que debe acordarla se rige por criterios diferentes, distinguiendo a efectos de régimen transitorio entre aspectos materiales y procedimentales y aplicando a estos últimos la norma bajo cuya vigencia se inicia el procedimiento en cuestión. En el supuesto ahora sometido a consulta esta norma es la LCSP, toda vez que entró en vigor el 9 de marzo de 2018, y el procedimiento de resolución contractual objeto de este Dictamen se inicia por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de la Corporación de 29 de diciembre de 2020.

III. El actual procedimiento de resolución contractual, el tercero sobre el mismo objeto, se inicia por el Ayuntamiento una vez producida la caducidad del iniciado con anterioridad, al haber transcurrido en exceso el plazo máximo para su tramitación, tal y como indicamos en nuestro Dictamen 234/2020.

No obstante, no consta en el expediente remitido referencia alguna al acuerdo por el que el órgano competente para resolver dicho procedimiento declara expresamente la caducidad, lo que lleva a dudar a este Consejo Jurídico de que tal acuerdo se haya llegado a dictar. De ser así, ello tendría consecuencias importantes sobre el actual procedimiento en curso.

Como recuerda la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su reciente Sentencia 1667/2020, de 3 de diciembre, *"la caducidad vendría a suponer la terminación del procedimiento por el mero transcurso del tiempo, por el mero hecho de no dictarse la resolución --que es la que le pone fin-- en el plazo establecido. Ahora bien, en cuanto que resolución que pone fin al procedimiento y sin perjuicio de producirse por el mero transcurso del tiempo, es lo cierto que esa finalización ha de producirse, formalmente, con la correspondiente resolución que lo declare de manera expresa. Que ello es así, lo pone de manifiesto ya el artículo 21.1 cuando exige a la Administración dictar esa resolución, en cualquier clase de procedimiento; pero lo exige de manera expresa el mencionado artículo 25.1, b) [los preceptos citados son de la LPACAP] cuando impone la necesidad de que la caducidad deba acordarse mediante resolución en la que se declare, de manera expresa (...). Lo que interesa destacar de lo expuesto es que, conforme a dicha regulación legal, la caducidad comporta una causa de terminación de los procedimientos, pero no genera, por sí misma, dicha terminación, porque requiere una resolución expresa que la declare (...). En suma, de lo expuesto hemos de concluir que, en tanto no se haya dictado la resolución expresa declarando la terminación del procedimiento por caducidad, el procedimiento en que se ejerciten potestades de gravamen, ha de considerarse vigente, por más que hubiese transcurrido el plazo de caducidad, porque no es el mero transcurso del plazo el que genera la terminación del procedimiento --será su presupuesto--, sino la resolución que así lo ordena".*

La misma sentencia analiza la situación que se produce en un procedimiento caducado por el transcurso del tiempo, pero en el que no ha habido una declaración expresa de caducidad cuando, sobre el mismo objeto y en relación a los mismos sujetos, se reinicia por la Administración un nuevo procedimiento. Afirma el Alto Tribunal que *"si el mero transcurso del plazo no comporta, por sí solo, la caducidad del procedimiento, sino que para su efectividad debe ser declarada por resolución expresa, es manifiesto que en tales supuestos, no es que se haya reiniciado un nuevo procedimiento sino que, en realidad, se trata del mismo procedimiento (...). Lo que se quiere decir es que se trataría de un solo procedimiento, uno ya caducado, pero no declarada la caducidad; y uno nuevo que sustituiría al anterior. Pues bien, si no hay un acto formal que separe ambos procedimientos, archivando uno e incoando otro, esa duplicidad es inadmisibles y contradictoria, lo que obliga a concluir que en esas situaciones lo que hace la Administración es pura y simplemente obviar toda la normativa sobre los plazos que impone el Legislador para la tramitación, porque bastaría con que en un mismo procedimiento, cuando esté a punto de caducar por el transcurso de los plazos, ordenar una nueva reiniciación, pero del mismo procedimiento, con lo cual se burlaría toda la regulación y la finalidad de la institución de la caducidad (...). Y es que, a la postre, si de un mismo procedimiento se trata, es lo cierto que en un procedimiento ya caducado por el transcurso del tiempo ya solo cabe adoptar una única decisión, una resolución que le pone fin, cual es la declaración formal de la caducidad del mismo y su archivo, sin que pueda dictarse resolución alguna de contenido distinto, menos aún, una resolución ordenando su reinicio que es lo que en definitiva sucedería de admitir la opción de reinicio sin declaración formal de caducidad".*

En aplicación de esta doctrina al supuesto sometido a consulta, ha de repararse en que no consta que se haya dictado resolución alguna por la que el Ayuntamiento haya declarado de forma expresa la caducidad del procedimiento de resolución contractual iniciado por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 1 de febrero de 2019. A tal efecto, no se realiza mención alguna a esa eventual declaración de caducidad en los actos y trámites integrantes del nuevo procedimiento, ni consta que el Ayuntamiento haya efectuado al Consejo Jurídico la comunicación del acto adoptado tras nuestro anterior Dictamen y que, conforme al artículo 3.3 del Reglamento de

Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril), había de realizar.

Partiendo de dicha premisa, los actos realizados en el nuevo procedimiento sin la formal declaración de caducidad del anterior tendrían la consideración de actos del procedimiento caducado, afectando a su validez. De ahí que se requiera al Ayuntamiento consultante para que acredite que se procedió a declarar de forma expresa la caducidad del procedimiento de resolución contractual incoado por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 1 de febrero de 2019, antes de acordar el inicio del nuevo procedimiento el 29 de diciembre de 2020.

De no haberlo hecho, procedería que por el órgano competente para resolver el contrato se aprobara un Acuerdo que declarara formalmente la caducidad producida.

IV. Sin perjuicio de lo expuesto y considerando, aun de forma hipotética, que se hubiera declarado expresamente la caducidad del procedimiento anterior, se realizan las siguientes observaciones respecto de la tramitación del nuevo procedimiento.

Comoquiera que las causas de resolución contractual invocadas por la Administración son tanto la demora en la ejecución del contrato como el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones esenciales, el procedimiento ha de ajustarse a lo establecido por los artículos 212 LCSP y 109 RCAP, constando en el expediente la audiencia del contratista.

Tras nuestro Dictamen 230/2019, se evacua informe de la Secretaría de la Corporación, órgano al que de conformidad con la Disposición adicional tercera, 8 LCSP corresponde la evacuación de los informes que la Ley asigna a los servicios jurídicos. Dicho informe se emite el 21 de agosto de 2020 en el seno del procedimiento iniciado el 1 de febrero de 2019 y pretende hacerse valer como informe preceptivo en el tercer y actual procedimiento, el iniciado el 29 de diciembre de 2020, lo que aconseja recordar que, si bien es admisible la incorporación de determinados trámites de un procedimiento ya caducado en otro posterior, pues así lo dispone el artículo 95.3 LPACAP, para ello será necesario que el contenido de tales actos y trámites no se vea alterado por la declaración de caducidad, de forma que se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad.

Así, la STS de 21 de noviembre de 2012, rec. 5618/2009, analiza la viabilidad de conservar un informe evacuado en un procedimiento ya caducado para que produzca sus efectos en el iniciado a continuación y sobre el mismo objeto del caducado. Tras recordar diversos requisitos que deben concurrir para evitar que con tal proceder pudiera soslayarse el mandato de archivo de las actuaciones que va aparejado a la declaración de caducidad (art. 25.1, b, LPACAP) afirma que *"ocurre que, una vez que se acordó por el Ayuntamiento la incoación del segundo expediente de revisión de oficio, al darse traslado del acuerdo de incoación a la empresa interesada, esta evacuó el trámite mediante alegaciones por las que no se limitó a reiterar los planteamientos ya sostenidos en el primer procedimiento ya caducado, sino que incorporó razonamientos novedosos en cuanto que referidos al segundo acuerdo de incoación de dicho expediente, que aquella empresa consideraba incurso por sí mismo en distintos motivos de nulidad; lo que situaba la cuestión en campo diferente al examinado en el primer procedimiento, haciendo imposible una reproducción acrítica del mismo"*.

Y lo cierto es que dicha situación ocurre también en el supuesto ahora sometido a consulta, toda vez que en el procedimiento al que se refiere este Dictamen (iniciado en diciembre de 2020), la empresa contratista formula alegaciones en enero de 2021, que son diferentes, al menos en parte, de las formuladas en el anterior procedimiento ya caducado. En particular, la relativa a la procedencia misma de incoar el procedimiento resolutorio por tercera vez, actuación administrativa a la que llega a tildar de abuso de derecho y sobre la que nada dice el informe de la Secretaría Municipal de agosto de 2020, porque no había sido formulada antes de esa fecha.

Corolario de lo expuesto es que procede evacuar un nuevo informe de Secretaría, no siendo admisible la conservación del emitido con ocasión del anterior procedimiento, pues su contenido no puede presumirse que se mantendría igual una vez producida la caducidad y las nuevas alegaciones vertidas por el contratista en el tercer procedimiento.

V. No consta la propuesta de resolución que ha de formularse al órgano de contratación, para que éste acuerde la finalización del contrato por resolución.

Cabe reiterar, una vez más, lo expresado en nuestro Dictamen 234/2020:

"...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. 213.5 LCSP). La propuesta de resolución habrá de contener un detallado análisis de la causa de resolución contrastándola 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".

Ya indicamos en aquel Dictamen que la propuesta de resolución que ahora se insiste en remitir está firmada por el Alcalde-Presidente de la Corporación el 22 de agosto de 2018 (anterior a la iniciación del procedimiento de resolución), y, además, en ella no se propone resolver el contrato, sino *"iniciar el procedimiento para la resolución del contrato"* y *"otorgar trámite de audiencia por plazo de 10 días a URDEMA S.A."*, por lo que no sirve como propuesta de resolución que pueda ser examinada por este Consejo Jurídico para la emisión de su Dictamen. Ya en el anterior Dictamen 230/2019, sobre este mismo procedimiento, quedó dicho que la propuesta que culmine el procedimiento de resolución es imprescindible para reflejar la voluntad de resolver y fundamentar las causas que la motivan.

VI. Toda vez que por parte del Ayuntamiento habrá de formularse de nuevo consulta sobre el procedimiento de resolución contractual, se recuerda que de conformidad con el artículo 22.1, letra d) LPACAP, y en la medida en que el Dictamen de este Órgano Consultivo es preceptivo en este tipo de procedimientos de resolución contractual, puede el Ayuntamiento declarar la suspensión del plazo máximo para resolver entre la solicitud del Dictamen y su recepción, para lo cual habrá de acordarlo expresamente y notificar al contratista interesado tanto la petición del informe como su recepción.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede completar el procedimiento instruido con las actuaciones indicadas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- Los expedientes remitidos al Consejo Jurídico junto a las consultas han de ajustarse al formato y especificaciones indicados en la Consideración Segunda de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.