



Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia

Dictamen nº 243/2022

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 11 de octubre de 2022, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Ilma. Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Jumilla, mediante oficio registrado el día 2 de septiembre de 2022 (Registro 202200273251), sobre resolución de contrato de obras de evacuación de aguas pluviales y pavimentación de zonas de tránsito de peatones en Polideportivo Municipal La Hoya (exp. 2022\_270), aprobando el siguiente Dictamen.

## **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 25 de octubre de 2021, se adjudicó el contrato administrativo de obras de “Evacuación de aguas pluviales y pavimentación de zonas de tránsito de peatones en el Polideportivo Municipal La Hoya” a la mercantil TRANSPORTES Y TRITURADOS DE MURCIA, S.L., por el precio de 140.773 €, más 29.562,33 € correspondientes al IVA (21%).

Dicho contrato se formalizó en documento administrativo el 19 de noviembre de 2021.

Con fundamento en lo que se dispone en la Cláusula 5 (*Plazo de ejecución*) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, el Pliego), en la Cláusula segunda del contrato, relativa a su *Duración*, se señala que “*Las obras tendrán un plazo de ejecución de CUATRO MESES, a contar desde la fecha de firma del acta de comprobación del replanteo (...) Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y este ofreciera cumplir sus compromisos mediante una ampliación del plazo de ejecución inicial, el órgano de contratación le concederá un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, salvo que el contratista pidiese otro menor.*”

*El responsable del contrato emitirá un informe en el que se determinará si los motivos del retraso son imputables*

*al contratista”.*

En la Cláusula tercera se establece que el precio del contrato no es susceptible de revisión, de acuerdo con lo que se dispone en la Cláusula 6.5 del Pliego.

Por otro lado, sobre la base de lo previsto en la Cláusula 16.1 del Pliego, en la Cláusula cuarta (*Ejecución*) del contrato se determina que ésta “comenzará con la comprobación del replanteo hecho previamente a la licitación y la extensión de acta relativa al mismo, que será firmada por las partes. Esta comprobación se efectuará en presencia del contratista en el plazo máximo de un mes desde la fecha de formalización del contrato”.

Por último, en la Cláusula decimoctava del contrato (de acuerdo con lo que se dispone en la Cláusula 25.1 del Pliego) se previene que la resolución del contrato tendrá lugar, con independencia de otros que también menciona, en los supuestos contemplados en los artículos 211 y 245 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). Y se añade en la citada Cláusula 25.1 del Pliego que, de conformidad con lo previsto en el artículo 211.2 LCSP, cuando concurren diversas causas de resolución con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo.

Además, en el segundo párrafo de la Cláusula decimoctava del contrato (idéntico a la Cláusula 25.2 del Pliego) se recuerda que, en estos casos, se producirán los efectos previstos en los artículos 213 y 246 LCSP.

**SEGUNDO.-** Un Técnico de Administración General de la Secretaría General del Ayuntamiento solicita a la empresa adjudicataria, a través de un correo electrónico fechado el 29 de octubre de 2021, un aplazamiento de la fecha de inicio de la obra hasta que otra que se estaba realizando en el mismo emplazamiento (construcción de un edificio para vestuario y aseos en el Polideportivo Municipal La Hoya) se encontrase lo suficientemente avanzada, de manera que se pudieran acometer ambas conjuntamente. En la comunicación se informa de que, previsiblemente, esa circunstancia se produciría en la segunda mitad del mes de enero o a principios del de febrero de 2022.

El 10 de noviembre siguiente, D. X, responsable de la empresa contesta que acepta y da su conformidad al aplazamiento solicitado de la fecha de inicio de las obras.

De este modo, la comprobación del replanteo hecho previamente a la licitación se demoró y superó -con la aquiescencia de la contratista- el plazo máximo de un mes, contado desde la formalización del contrato, señalado en el artículo 237 LCSP, y en la cláusula 16.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, antes transcrita.

**TERCERO.-** El 31 de marzo de 2022 se requiere a la empresa contratista para que se firme del acta de comprobación de replanteo de la obra, con la que comenzaría a contar el plazo de ejecución del contrato, mediante su puesta a disposición en la sede electrónica del Ayuntamiento de Jumilla.

**CUARTO.-** El 7 de abril de 2022 D. Y, actuando -según dice- en nombre y representación de la mercantil contratista, presenta un escrito en el que advierte que no se citó a su representada para la firma del acta hasta el 31 de marzo anterior.

En el escrito también denuncia que esa demora ha perjudicado la ejecución de dicho contrato debido al incremento que se ha producido en el precio de las materias primas y de la mano de obra desde inicios de año. Argumenta que, prueba de ello, es que el Gobierno de España ha aprobado el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras.

El representante explica que en esa norma se establecen medidas excepcionales en materia de revisión de precios de los contratos de obra del sector público, y que fue modificada posteriormente por el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

Por ello, solicita que, antes de que se firme el acta de replanteo, se aprueben los nuevos precios en el contrato con el fin de no poner en riesgo la ejecución de la obra.

**QUINTO.-** Con fecha 21 de abril de 2022, el Técnico de Administración General de la Secretaría General del Ayuntamiento emite un informe en el que concluye que procede desestimar la solicitud de precios formulada dado que no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 6.1 del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, en la redacción dada tras la modificación llevada cabo por el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, que es la siguiente:

*“Excepcionalmente, en los contratos públicos de obras, ya sean administrativos o privados, adjudicados por cualquiera de las entidades que formen parte del sector público estatal que se encuentren en ejecución, licitación, adjudicación o formalización a la entrada en vigor de este real decreto-ley, o cuyo anuncio de adjudicación o formalización se publique en la plataforma de contratación del sector público en el periodo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley, se reconocerá al contratista la posibilidad de una revisión excepcional de precios siempre que concurra la circunstancia establecida en este real decreto-ley”.*

Añade que la circunstancia excepcional a la que se refiere el párrafo transcrito es la definida en el artículo 7 del citado Real Decreto-ley, que es del siguiente tenor literal:

*“1. La revisión excepcional de precios se reconocerá cuando el incremento del coste de los materiales empleados para el contrato de obras haya tenido un impacto directo y relevante en la economía del contrato durante su vigencia y hasta su finalización, esto es una vez formalizada el acta de recepción y emitida la correspondiente certificación final.*

A estos efectos se considerará que existe tal impacto cuando el incremento del coste de materiales siderúrgicos, materiales bituminosos, aluminio o cobre, calculado aplicando a los importes del contrato certificados en un periodo determinado, que no podrá ser inferior a un ejercicio anual ni superior a dos ejercicios anuales, su fórmula de revisión de precios si la tuviera, y, en su defecto, aplicando la que por la naturaleza de las obras le corresponda de entre las fijadas en el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, exceda del 5 por ciento del importe certificado del contrato en ese mismo período. El cálculo de dicho incremento se efectuará suprimiendo de la fórmula aplicable al contrato los términos que representan los elementos de coste distintos de los antes citados, e incrementando el término fijo, que representa la fracción no revisable del precio del contrato, en el valor de los coeficientes de los términos suprimidos, de forma que la suma de todos los coeficientes mantenidos más el término fijo sea la unidad.

Por Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública, previo informe del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado, se podrán establecer otros materiales cuyo incremento de coste deba tenerse también en cuenta a los efectos anteriores.

2. La cuantía de la revisión excepcional a la que se refiere este artículo no podrá ser superior al 20 por ciento del precio de adjudicación del contrato...”.

Asimismo, se precisa que, en cuanto al procedimiento para acometer esta revisión excepcional de precios, el artículo 9.2 del mismo Real Decreto-ley establece que “La solicitud irá acompañada de la documentación necesaria para acreditar la concurrencia de la circunstancia de excepcionalidad establecida en este real decreto-ley”.

De acuerdo con lo expuesto, se formulan las siguientes consideraciones:

1.- Que el incremento del coste de materiales se debe calcular sobre los importes del contrato “certificados en un periodo determinado”. Además, la norma exige que el impacto del incremento en la economía del contrato se produzca “durante su vigencia y hasta su finalización, esto es una vez formalizada el acta de recepción y emitida la correspondiente certificación final”. A la fecha de solicitud de la revisión de precios, no existe ningún importe certificado, pues, de hecho, la ejecución de la obra ni siquiera ha comenzado.

2.- El referido “periodo determinado” no puede ser inferior a un ejercicio anual ni superior a dos ejercicios anuales. Sin embargo, el período de ejecución de esta obra es de cuatro meses, y, por tanto, inferior al periodo mínimo de un año exigido por esta disposición.

3.- En cualquier caso, se advierte que no se ha acompañado a la solicitud la documentación necesaria para acreditar la concurrencia de la circunstancia de excepcionalidad requerida por el citado Real Decreto-ley.

4.- Se sostiene que tampoco se ha acreditado que el incremento del coste de los materiales empleados para el contrato de obras haya tenido en la economía del contrato el “impacto directo y relevante” exigido por la norma, ni se ha especificado si ese incremento afecta a materiales siderúrgicos, materiales bituminosos, aluminio o cobre, o a otro tipo de materiales.

5.- Finalmente, y puesto que no se mencionan en la solicitud importes concretos, tampoco es posible verificar si la misma superará el límite del 20% del precio de adjudicación del contrato.

**SEXTO.-** Con fundamento en el informe citado, el Concejal Delegado de Deportes y Festejos del Ayuntamiento consultante propone a la Junta de Gobierno Local, el mismo 21 de abril, que acuerde desestimar la revisión de precios planteada.

**SÉPTIMO.-** La Junta de Gobierno Local adopta dicho acuerdo desestimatorio en la sesión de 25 de abril de 2022.

**OCTAVO.-** El 27 de abril de 2022 se notifica el acuerdo a la empresa contratista y se le requiere para que, en un plazo improrrogable de dos días naturales, se proceda a la firma del acta de comprobación de replanteo. Al mismo tiempo, se le advierte de que, en caso contrario, se entenderá que renuncia a la ejecución del contrato y que se resolverá por incumplimiento de la obligación esencial de ejecutar las obras, con las consecuencias previstas en la legislación vigente.

**NOVENO.-** Obra en el expediente administrativo un correo electrónico suscrito por un representante de la empresa contratista el citado 27 de abril en el que se expone que *“No se firma dicha acta por no estar de acuerdo en algunos términos del contrato, la dirección de obra es conocedora de ello, por tanto hasta que no haya un acuerdo no procederemos a la firma del acta”*.

**DÉCIMO.-** El Técnico de Administración General elabora el 5 de mayo de 2022 un informe jurídico en el que entiende que procede iniciar un procedimiento de resolución del contrato administrativo de obras ya citado, por concurrir la causa prevista en el apartado f) del artículo 211.1 LCSP, al que se remite la cláusula 25.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (*“El incumplimiento de la obligación principal del contrato”*), por no asistir al acto de comprobación del replanteo de dichas obras ni formalizar la correspondiente acta, con la cual comenzaría su plazo de ejecución, a pesar de haber sido requerida en reiteradas ocasiones para ello.

También considera que se debería determinar que el incumplimiento que motiva la resolución del contrato es imputable al contratista, que será considerado culpable de ella, y que los efectos que eso llevaría consigo serían los siguientes: a) Incautación de la garantía definitiva por importe de 7.038,65 € (5% del precio de adjudicación del contrato) que se constituyó, b) Indemnizar a dicha Administración local por los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada y c) Declarar a la empresa en prohibición de contratar con el Ayuntamiento de Jumilla por un plazo de hasta tres años.

Por último, también se propone conceder audiencia a la empresa contratista y a la entidad avalista, *Cajamar Caja Rural, S.C.C.*, para que muestre su conformidad o disconformidad con la resolución del referido contrato o alegue cuanto a su derecho convenga y presente los documentos que estime procedentes en relación con la misma, y para que formule las alegaciones que considere oportunas en relación con la incautación de la garantía propuesta, respectivamente.



**UNDÉCIMO.-** El señalado 5 de mayo de 2022, el Concejal Delegado

de Deportes y Festejos del Ayuntamiento consultante propone a la Junta de Gobierno Local incoar el referido procedimiento de resolución contractual.

**DUODÉCIMO.-** Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 9 de mayo de 2022 se adopta la decisión de iniciar el mencionado procedimiento y se asume el resto de consideraciones que ya se han expuesto.

Este acuerdo se notifica debidamente a la contratista y a la entidad financiera avalista.

**DECIMOTERCERO.-** El 9 de mayo de 2022 D. Y, actuando en nombre y representación de la empresa contratista, presenta un escrito en el que manifiesta que la demora en el inicio de la ejecución de la obra, a la que se accedió a solicitud del Ayuntamiento, ha perjudicado la viabilidad de la ejecución de dicho contrato como consecuencia del incremento generalizado en el precio de materias primas y mano de obra sufrido, principalmente, desde inicios de año.

Por ello, solicita que se indemnice por los sobrecostes que ha supuesto dicha paralización, y de no ser viable, que se resuelva el contrato sin penalización por causas sobrevenidas tras el aplazamiento en el inicio de la obra solicitado por el Ayuntamiento y la devolución de la garantía definitiva.

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 20 de mayo de 2022, el representante de la empresa contratista presenta un segundo escrito en el que recuerda que la ejecución se demoró a solicitud del Ayuntamiento y que, si eso no se hubiera producido, la obra estaría realizada y el contrato debidamente ejecutado.

En segundo lugar, argumenta que en los cuatro meses y medio que transcurrieron entre la formalización del contrato hasta que la Administración estuvo en condiciones de ejecutarlo, se ha producido la invasión de Ucrania por parte de Rusia, lo que ha motivado que los precios de las materias primas necesarias para llevar a cabo la obra se hayan incrementado de forma desorbitada. Debido a esta circunstancia, sostiene que se ha producido un hecho imprevisible que lo hace económicamente inviable, ya que no se cubrirían los costes de ejecución.

De forma particular, destaca que la partida más importante del contrato es la que se refiere a las baldosas que habría que colocar (3.510 m<sup>2</sup>). Explica que el 10 de diciembre de 2021 (antes de presentar su propuesta) la empresa suministradora se la ofertaba, transportada a la obra, en 83.174,55 €. Resalta que, debido al retraso en el que se incurrió, la suministradora le remitió una nueva oferta, el 21 de febrero de 2022, en la que se valoraban en fábrica los mismos metros cuadrados en 112.024,58 €. El representante destaca que ese precio se debe incrementar con el que resulta de transportar ese material desde la fábrica hasta Jumilla, para realizar la obra.

Por otro lado, expone que, además de las baldosas, el proyecto exige la realización de demoliciones, la colocación de zahorra y la colocación de una solera de hormigón de 320 m<sup>2</sup> y un grosor de 15 cm. Así pues, explica que el precio del hormigón se ha incrementado un 25% desde el inicio de la invasión de Ucrania, como también el precio del combustible necesario para hacer los transportes y para servirse de la máquina para hacer las demoliciones.

Debido a esas circunstancias, recuerda que el artículo 245,b) LCSP permite que se acuerde la resolución del contrato por la suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a cuatro meses. Además, en el artículo 246.3 LCSP se dispone que *“En el supuesto de desistimiento antes de la iniciación de las obras, o de suspensión de la iniciación de las mismas por parte de la Administración por plazo superior a cuatro meses, el contratista tendrá derecho a percibir por todos los conceptos una indemnización del 3 por cien del precio de adjudicación, IVA excluido”*.

También advierte que en el artículo 211.1,c) LCSP se previene como causa de resolución del contrato *“El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista”*. Entiende que eso permitiría que el contrato saliese de nuevo a licitación y que se presentaran licitadores que ofertaran bajadas mucho menores y el precio que se acordase permitiera cubrir los costes de la ejecución.

Finalmente, manifiesta que su representada no ha incumplido el contrato y que, en consecuencia, no es responsable ni culpable de la situación descrita y que no son de aplicación las causas de resolución del contrato a las que se refiere la Administración local.

En ese sentido, considera que se debe aplicar el principio de mantenimiento del equilibrio económico del contrato y la denominada doctrina del riesgo imprevisible. Por tanto, se opone a la resolución del contrato en los términos que se recogen en el acuerdo de inicio del procedimiento de resolución, particularmente a la incautación de la fianza definitiva que se constituyó.

Así pues, realiza las siguientes propuestas:

a) Que se mantenga la vigencia del contrato pero que se indemnice a esa empresa contratista del sobrecoste de precios que se ha producido entre la fecha de formalización del contrato y el resto del año 2021 y los que se han alcanzado con motivo de la invasión de Ucrania, de tal modo que se restablezca el equilibrio económico-financiero y la contratista no incurra en pérdidas por su ejecución.

b) Que se resuelva el contrato de mutuo acuerdo, sin que se declare la responsabilidad de ninguna de las partes, atendiendo a las excepcionales circunstancias que hacen inviable su ejecución, y se devuelva la fianza a la empresa.

c) Que se resuelva el contrato por causa imputable a la Administración local, conforme a lo dispuesto en el artículo 245,b) LCSP, al haberse suspendido la iniciación de las obras por un plazo superior a cuatro meses, con los efectos previstos en el artículo 246.3 LCSP.

Con el escrito adjunta las dos ofertas realizadas a la contratista por una empresa suministradora de materiales de construcción los días 10 de diciembre de 2021 y 21 de febrero de 2022.

**DECIMOQUINTO.-** Con fundamento en el informe del Técnico de Administración General de 26 de mayo de 2022, el Concejal Delegado de Deportes y Festejos del mencionado Ayuntamiento formula con esa misma fecha a la Junta de Gobierno Local la propuesta de que se desestimen las alegaciones presentadas por el representante de la contratista y, en su virtud, se declare resuelto el contrato administrativo citado, por concurrir la causa, ya citada, prevista en el apartado f) del artículo 211.1 LCSP.

Asimismo, declarar que el incumplimiento que motiva la resolución del contrato es imputable a la contratista y considerar a la misma culpable; incautar la garantía definitiva; comunicarle que deberá indemnizar al Ayuntamiento por los daños y perjuicios causados en lo que exceda del importe de la mencionada garantía, declararla en prohibición para contratar con esa Corporación Local por un plazo de tres años e informar de ello a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y a la Junta Regional de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para que esa decisión se inscriba en los registros oficiales de licitadores y empresas clasificadas correspondientes.

**DECIMOSEXTO.-** El 2 de junio de 2022 se remite el expediente a este Consejo Jurídico, que el 14 de julio siguiente emite el Dictamen núm. 169/2022, en el que se expresan determinadas consideraciones acerca del plazo de duración del procedimiento, que debe ser el general de tres meses que se establece en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) y no el de ocho meses al que se refiere el artículo 212.8 LCSP.

Asimismo, en dicho Dictamen se expone el parecer desfavorable de este Órgano consultivo a la propuesta de resolución del contrato por entender que resulta necesario completar la tramitación del procedimiento con la incorporación del informe preceptivo del Secretario del Ayuntamiento, como se exige en los artículos 191.2 LCSP, en relación con el apartado 8 de la Disposición adicional tercera (*"Normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales"*) de esa misma Ley, 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL) y 109.1,c) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGC).

**DECIMOSÉPTIMO.-** A la vista del contenido de ese Dictamen, con fecha 2 de agosto de 2022 el Técnico de Administración General adscrito a la Secretaría General del Ayuntamiento, con el visto bueno de la Secretaria General accidental de la Corporación, emite un informe jurídico.

En él, propone que se declare la caducidad del procedimiento iniciado mediante Acuerdo de Junta de Gobierno Local de 9 de mayo de 2022 para la resolución del contrato administrativo de obras ya mencionado y acordar el archivo de las actuaciones.

**DECIMOCTAVO.-** Con fundamento en el anterior informe jurídico, el Concejal Delegado de Deportes y Festejos del Ayuntamiento consultante eleva, el citado 2 de agosto de 2022, la anterior propuesta a la Junta de Gobierno Local, que la aprueba en su sesión de 8 de agosto.

Este acuerdo se notifica en debida forma a las mercantiles contratista y avalista y también se comunica a este Consejo Jurídico de la Región de Murcia.



**DECIMONOVENO.-** Con fecha 16 de agosto de 2022, un Técnico de Administración General y, con carácter accidental, Secretario General del Ayuntamiento consultante emite un informe acerca de la causa de resolución del contrato citado y sobre las consecuencias que debe provocar, acerca de la competencia para adoptar esa decisión y respecto del procedimiento que debe seguirse en este caso.

Asimismo, considera que procede iniciar otro procedimiento de resolución del contrato administrativo de obras ya citado, por concurrir la causa prevista en el apartado f) del artículo 211.1 LCSP, al que se remite la cláusula 25.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (*"El incumplimiento de la obligación principal del contrato"*), por no asistir al acto de comprobación del replanteo de dichas obras ni formalizar la correspondiente acta, con la cual comenzaría su plazo de ejecución, a pesar de haber sido requerida en reiteradas ocasiones para ello.

También entiende que se debería determinar que el incumplimiento que motiva la resolución del contrato es imputable a la contratista, que será considerada culpable de ella, y que los efectos que eso llevaría consigo serían los siguientes: a) Incautación de la garantía definitiva por importe de 7.038,65 € (5% del precio de adjudicación del contrato) que se constituyó, b) Indemnizar dicha Administración local por los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada y c) Declarar a la empresa en prohibición de contratar con el Ayuntamiento de Jumilla por un plazo de hasta tres años.

Por último, también se propone conceder audiencia a la empresa contratista, y a la entidad avalista, para que muestre su conformidad o disconformidad con la resolución del referido contrato o alegue cuanto a su derecho convenga y presente los documentos que estime procedentes en relación con la misma, y para que formule las alegaciones que considere oportunas en relación con la incautación de la garantía propuesta, respectivamente.

**VIGÉSIMO.-** El Concejal Delegado de Deportes y Festejos del Ayuntamiento traslada la anterior propuesta, el mismo 16 de agosto de 2022, a la Junta de Gobierno Local, que la aprueba con esa misma fecha.

Este Acuerdo se notifica en debida forma a la contratista y a la entidad avalista.

**VIGESIMOPRIMERO.-** D. Y, actuando en nombre y representación de la mercantil contratista, presenta el 23 de agosto de 2022 un escrito en el que reitera su total disconformidad con la resolución contractual que pretende la Administración municipal y, en ese sentido, reitera las mismas propuestas que ya había formulado en el escrito que presentó el 20 de mayo de 2022.

Con este nuevo escrito adjunta copias de las diferentes ofertas que una empresa suministradora de material les realizó los días 12 de diciembre de 2021 y 21 de febrero de 2022.

**VIGESIMOSEGUNDO.-** Obra en el expediente un informe elaborado el 30 de agosto de 2022 por el Secretario General accidental del Ayuntamiento consultante en el que analiza las alegaciones realizadas por el representante de la contratista y en el que propone desestimarlas.

También sugiere declarar resuelto el contrato citado, determinar que la contratista lo ha incumplido de forma culpable por causa a ella imputable y adoptar el resto de los acuerdos que también se han mencionado.

**VIGESIMOTERCERO.-** Ese mismo día 30 de agosto el Concejal Delegado de Deportes y Festejos del Ayuntamiento eleva la anterior propuesta a la Junta de Gobierno Local.

Una vez incorporados el preceptivo índice de documentos y el extracto de secretaría, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en este Consejo Jurídico el 2 de septiembre de 2022.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo puesto que versa sobre un procedimiento de resolución de un contrato administrativo en el que se ha formulado oposición por parte de la empresa contratista, de conformidad con lo que se establece en los artículos 191.3,a) LCSP, 109.1,d) RGC y 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

### **SEGUNDA.- Sobre el procedimiento seguido y su plazo de duración.**

I. El procedimiento ha seguido, en lo esencial, lo señalado en los artículos 195.1 LCSP y 109 RGC, apartados 1 y 2, de forma que se ha concedido audiencia a la empresa contratista (artículos 191.1 LCSP y 114.2 TRRL) y a la compañía avalista, dado que se propone la incautación de la garantía definitiva constituida.

Además, se constata que ha emitido informe jurídico preceptivo el Secretario de la Corporación Local, como se exige en los artículos 191.2 LCSP, en relación con el apartado 8 de la Disposición adicional tercera ("*Normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales*") de esa misma Ley, 114.3 TRRL y 109.1,c) RGC.

II. Acerca del plazo de duración del procedimiento, según expuso este Consejo Jurídico en su Dictamen núm. 245/2021 y recordó en el reciente núm. 169/2022, referente a este caso, a los procedimientos de resolución contractual iniciados por la Comunidad Autónoma o las Corporaciones Locales con posterioridad al 23 de abril de 2021 no les resulta aplicable el plazo de ocho meses para la resolución del procedimiento que establece el artículo 212.8 LCSP, sino el general de tres meses que se prevé en el artículo 21.3 LPACAP.

Por tanto, y dado que el acuerdo de incoación del presente procedimiento de resolución contractual se adoptó el 16 de agosto de 2022, el plazo para resolverlo vencerá el 16 de noviembre de 2022, por aplicación de lo establecido en el apartado a) del citado artículo 21.3 LPACAP.

También se sabe que en la Resolución de la Alcaldía núm. 3212, de 31 de agosto del presente año, se acordó solicitar a este Órgano consultivo que emita el correspondiente Dictamen.

Asimismo, que, se acordó suspender el transcurso de dicho plazo y comunicar ese hecho a las mercantiles interesadas, de conformidad con lo que se previene en el artículo 22.1,d) LPACAP.

En el supuesto de que dichas comunicaciones se hubieran llevado realmente a cabo -circunstancia que no consta acreditada en la copia del expediente que se ha remitido para Dictamen-, se debe entender que ese plazo de tres meses quedó suspendido desde el momento en que se registró de salida la referida comunicación a la contratista y hasta la fecha de recepción de este Dictamen, plazo de suspensión que en ningún caso podrá exceder, a su vez, de otros tres meses.

### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. Como ya se ha expuesto, el Ayuntamiento consultante ha incoado un segundo procedimiento de resolución del contrato de evacuación de aguas pluviales y pavimentación de las zonas de tránsito de peatones en el Polideportivo Municipal La Hoya, que había celebrado con la empresa referida. Considera que esa contratista ha incurrido en la causa de resolución prevista en el artículo 211.1,f) LCSP, esto es, haber incumplido la obligación principal del contrato, que consistía, precisamente, en la realización de dichos trabajos.

Antes de abordar el análisis de esta cuestión, conviene recordar que el representante de la citada mercantil realizó dos peticiones previas, antes de que se entrase en la valoración de las posibles causas de resolución, en el escrito que presentó el 20 de mayo de 2022 (Antecedente decimocuarto de este Dictamen).

a) De acuerdo con la primera de ellas, solicitaba que se mantuviera la vigencia y efectividad del contrato, pero que se le indemnizase por el sobrecoste que habían experimentado los materiales que debían emplearse en esas obras, debido a la invasión de Ucrania.

De manera concreta, se refería al incremento del precio de las baldosas que deben emplearse -que es el único que ha tratado de acreditar- y el de los relativos a su transporte desde la fábrica del suministrador hasta el lugar de ejecución de las obras, las demoliciones que deben asimismo realizarse y los correspondientes a la colocación de zahorra y a la construcción de una solera de hormigón, que no ha probado de ninguna forma.

Esta petición resulta, en esencia, coincidente con la que había formulado el 7 de abril anterior (Antecedente

cuarto) de que se le aplicase la revisión excepcional de precios en los contratos de obras del sector público al que se refiere el Título II (artículos 6 a 10) del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo.

Conviene añadir, por otro lado, que dado que la duración del contrato es de cuatro meses, resultaría posible, en su caso, acordar esa revisión excepcional de precios en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, en la redacción que tiene tras la entrada en vigor de lo dispuesto en la Disposición final novena del Real Decreto-ley 14/2022, de 1 de agosto, de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural.

De otra parte, es sabido que el artículo 7 de dicha norma con rango de ley se refería inicialmente al incremento del coste que pudieran experimentar los materiales siderúrgicos y bituminosos y el aluminio o el cobre que se pudiesen emplear en esas obras.

Con posterioridad, el citado precepto resultó modificado por la Disposición final trigésima séptima del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, que, en lo que aquí interesa, añadió nuevo párrafo (entonces, el tercero) al apartado 1 de dicho artículo 7, del siguiente tenor:

*“Por Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública, previo informe del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado, se podrán establecer otros materiales cuyo incremento de coste deba tenerse también en cuenta a los efectos anteriores”.*

Lo cierto es, sin embargo, que el Departamento ministerial citado no ha efectuado hasta el momento presente ninguna ampliación de los materiales cuyos incrementos de precios pudieran tenerse en cuenta, también en este estado de tramitación del procedimiento de resolución, para que se pudiera llevar a efecto la revisión excepcional a la que se ha hecho alusión.

Esta apreciación inicial, unida al resto de consideraciones que ya expuso el Técnico de Administración General adscrito a la Secretaría General del Ayuntamiento en su informe de 21 de abril de 2022 (Antecedente quinto), determinan que no se pueda acceder a lo solicitado por la empresa contratista en este sentido.

b) La segunda consideración se refiere a la circunstancia de que no puede abordarse en este procedimiento de resolución contractual la solicitud, realizada por la contratista, de que resuelva el contrato de mutuo acuerdo, sin que se declare la responsabilidad de ninguna de las partes contratantes, atendiendo a las excepcionales circunstancias que hacen inviable su ejecución.

De hecho, este procedimiento se ha incoado porque la Administración entiende que la empresa adjudicataria del contrato lo ha incumplido de manera indebida y culpable y que debe hacer frente a las consecuencias que de ello se derivan, además de que entienda que el interés público exige el mantenimiento del contrato.

Como se establece en el artículo 212.4 LCSP, *“La resolución por mutuo acuerdo solo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato”*.

Procede, en consecuencia, entrar en el estudio de las causas de resolución que alegan las partes contratantes.

II. Según determina el artículo 209 LCSP, los contratos se extinguen por su cumplimiento o por resolución. Y esta última, de conformidad con lo previsto en el contrato (Cláusula decimoctava) con fundamento en lo dispuesto en el Pliego (Cláusula 25, apartados 1 y 2), puede producirse por las causas generales previstas en el artículo 211 LCSP o por las causas específicas de resolución del contrato de obras que se relacionan en el artículo 245 LCSP.

En este sentido, la Administración local considera que constituye causa de resolución el incumplimiento de la contratista de la obligación principal del contrato (art. 211.1,f) LCSP), dado que sus representantes, sin causa que pudiera justificarlo, no acudieron al acto de comprobación del replanteo. Por tanto, hay que insistir en que esa ausencia debe considerarse incumplimiento manifiesto del contrato y determinar su resolución, con las consecuencias y los efectos que se prevén en la LCSP.

Por su parte, el representante de la empresa contratista alega que lo que se ha producido en este caso es la suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a cuatro meses, causa resolutoria que se prevé específicamente para el contrato de obras en el artículo 245,b) LCSP.

Este Consejo Jurídico no puede, sin embargo, compartir esa consideración si se recuerda que la ejecución del contrato de obras comienza, precisamente, con el acta de comprobación del replanteo. Y que es a partir de este momento cuando el contratista debe comenzar a ejecutar la obra, pues tal ejecución no es posible hasta tanto no se haya contrastado por el contratista la adecuación del soporte físico de la obra, como se explica en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de enero de 2006. Por ello, no se puede suspender lo que en realidad no ha comenzado a cumplirse.

Además, se añade en dicha resolución judicial, ese acto de comprobación sirve para fijar la fecha a partir de la cual el contratista debe comenzar a ejecutar la prestación convenida y determina el día en el que se inicia el cómputo del plazo contractual de ejecución. Así pues, la comprobación del replanteo es el primer acto material de ejecución del contrato de obras, una vez que se haya adjudicado y firmado.

En consecuencia, se debe concluir que el contrato no puede resolverse con causa en una posible suspensión de la ejecución de las obras (prevista en el citado art. 245,b) LCSP) si no se ha realizado previamente la comprobación del replanteo.

Por tanto, a lo que en puridad parece querer referirse el representante de la contratista es a esa última circunstancia precisamente, es decir, al hecho de que la Administración se demoró injustificadamente en la comprobación del replanteo, que es la causa de resolución específica que se contempla, no en el apartado b) sino en el a), del mencionado artículo 245 LCSP.



III. No cabe duda de que la empresa contratista se ha negado por completo a dar cumplimiento a la obligación principal del contrato y que ello podría motivar su resolución. Pero también lo es que la Administración local consultante se demoró previamente en la práctica de dicho acto de comprobación del replanteo del proyecto. Y resulta evidente que esta causa de resolución del contrato, alegada por la contratista, debe examinarse con anterioridad a la sostenida por la referida Administración porque es la que pudo haber aparecido con prioridad en el tiempo (art. 211.2 LCSP).

Se ha expuesto más arriba (Antecedente segundo de este Dictamen) que el 29 de octubre de 2021 se solicitó a la empresa -entonces tan sólo adjudicataria- un aplazamiento de la fecha de inicio de la obra hasta que otra que se estaba realizando en el mismo emplazamiento (construcción de un edificio para vestuario y aseos en el Polideportivo Municipal La Hoya) se encontrase lo suficientemente avanzada, de manera que se pudieran acometer ambas conjuntamente. En la comunicación se informaba de que, previsiblemente, esa circunstancia se produciría en la segunda mitad del mes de enero o a principios del de febrero de 2022.

Como también se sabe, el contrato se formalizó el 19 de noviembre de 2021.

Pues bien, está claro que en este caso la comprobación del replanteo se retrasó una primera vez, con la conformidad del contratista. Resulta necesario destacar que el artículo 237 LCSP precisa que dicho acto de comprobación se debe efectuar dentro del plazo que se consigne en el contrato, que no puede ser superior a un mes desde la fecha de su formalización, *“salvo casos excepcionales justificados”*.

En la Cláusula cuarta (*Ejecución*) del contrato se estableció (de acuerdo con lo que se había determinado previamente en la Cláusula 16.1 del Pliego) un *“plazo máximo de un mes desde la fecha de formalización del contrato”*.

No resulta necesario ahora entrar en mayores consideraciones acerca de si el citado aplazamiento de la comprobación del replanteo estaba debidamente *justificado* en este supuesto, pues lo que es cierto es que la contratista lo consistió y que, como rezan los aforismos clásicos (*“venire contra facta propria non licet”* o *“venire contra factum proprium non valet”*), nadie puede ir contra sus propios actos. Por ese motivo, debía aceptar las consecuencias que se deducían de esa decisión y comportarse de manera coherente con esa manifestación de voluntad, con la finalidad de dar protección a la confianza que las autoridades habían depositado en ese comportamiento. Esto es lo que alega la Administración local consultante.

Pero olvida que ella misma, por su parte, también desatendió el acto propio en el que asimismo incurrió, y en cuya virtud fijó unilateralmente como *dies a quo* para iniciar el nuevo cómputo de un mes para efectuar la comprobación *“la segunda mitad del mes de enero o a principios del de febrero de 2022”*.

Y tuvo que hacerlo porque también es sabido que en el ámbito contractual, la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (artículo 1256 del Código Civil) ni, por exigencias del interés público comprometido con las obras, demorarse *sine die*. De ese modo, la Administración local también quedó vinculada y comprometida por su propio (y necesario) acto frente a la empresa.

Si nos atenemos al último momento del plazo establecido de manera muy imprecisa (principios de febrero de 2022), se hace evidente que la Administración local se retrasó una segunda ocasión dos meses, los de febrero y marzo de 2022, en la comprobación del replanteo, esta vez de manera totalmente injustificada, pues si persistían las razones que habían motivado el primer retraso debía haber vuelto a *justificarlas* en esta segunda ocasión. Conviene resaltar que no se requirió a la empresa para que compareciese al acto de comprobación hasta el día 31 de ese último mes de marzo (Antecedente tercero).

Así pues, el Ayuntamiento consultante demoró la comprobación del replanteo por su propia culpa o negligencia. Y no cabe alegar (como se hace en el informe del Secretario General accidental del Ayuntamiento de 30 de agosto) que la contratista no revocó en ningún momento su consentimiento para que el replanteo y el inicio de las obras se retrasara. Además, de esa interpretación parece deducirse la idea de que la contratista consintió dicho retraso de forma indefinida.

En todo caso, se debe insistir, no cabe duda de que el Ayuntamiento estaba vinculado por la fijación de la fecha de levantamiento del acta de comprobación del replanteo y de comienzo de la ejecución del contrato en la segunda mitad del mes de enero o a principios de febrero, que es el retraso que la empresa había aceptado y al que, por tanto, se había comprometido y al que estaba vinculada. Y no otro indefinido, como se ha dicho, pues eso hubiera dejado el cumplimiento del contrato al arbitrio de la Administración municipal.

Y tampoco cabría alegar en este caso que la contratista no demandó o requirió en algún momento a dicha Administración, después de que se superase el plazo citado, a que diese cumplimiento al trámite esencial de comprobación del replanteo, porque es la Administración, y no ningún contratista, la que está legalmente obligada a promover su comprobación.

Como señaló el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 909/1992, de 21 de julio: *“Interesa, además, señalar la incorrección de otro argumento utilizado por los servicios administrativos para fundar la resolución del contrato: la obligación del contratista de requerir a la Administración para que realizara el acto de comprobación del replanteo. [La norma] no impone al contratista dicha obligación. Antes al contrario, (...) lo que hace es facultar al contratista para pedir la resolución del contrato”*.

De igual modo, la jurisprudencia pone de manifiesto que es el servicio de la Administración encargada de las obras el que ha de proceder, en presencia del contratista, a efectuar la comprobación y que la Administración tiene la carga de instar el cumplimiento de un trámite esencial dentro del contrato de obras, pues a ella le corresponden las facultades de velar por la adecuada ejecución del contrato.

Acerca de esa consideración, resulta ilustrativa la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 28 de enero de 2003, en la que se explica que *“la cuestión de hecho que se plantea es la de valorar las consecuencias que la falta de comprobación del replanteo puede tener para las dos partes, lo que ha de valorarse en función de la diligencia mostrada por las mismas en orden la práctica de dicha diligencia, pues de lo actuado resulta que ambas partes se reprochan recíprocamente la culpa de que la misma no se practicara y la falta de interés en la ejecución del contrato*.

No ha de olvidarse, en términos generales, que la comprobación del replanteo no sólo tiene interés para el contratista, sino también para la administración, por cuanto levantada el acta de comprobación, y no constando reparos del contratista, la Administración puede prever razonablemente el plazo de ejecución del contrato, y con ello, la satisfacción de los intereses generales que motivan la celebración de un contrato público; esto es, en la comprobación del replanteo está involucrado el interés público, cuya tutela corresponde a la administración, pues no se olvide que la ejecución del contrato de obras comienza precisamente con dicha diligencia. Y en este sentido recuérdese que el artículo 42 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que acabamos de transcribir, señala, que es el servicio de la Administración encargada de las obras el que ha de proceder, bien que en presencia del contratista, a efectuar la comprobación.

Así las cosas, y sin perjuicio de reconocer el interés del contratista, ello no elude la carga que tiene la administración de instar el cumplimiento de un trámite esencial dentro del contrato de obras, pues a ella le corresponden las facultades en orden a velar por la adecuada ejecución del contrato”.

La consecuencia de esa (segunda) demora injustificada en la comprobación del replanteo no puede ser otra que acceder a declarar la resolución *ipso iure* del contrato solicitada por la contratista, por concurrencia de la causa específica prevista en el artículo 245,a) LCSP.

IV. En este supuesto, la empresa no ha solicitado el resarcimiento de ningún daño, de modo que, de conformidad con lo previsto en el artículo 246.2 LCSP, tiene derecho a que la Administración local le indemnice con un 2% del precio de la adjudicación, IVA excluido [ $140.773 \times 2\% = 2.815,46 \text{ €}$ ], sin otras consecuencias económicas adicionales que no sean que se le devuelva la fianza que constituyó.

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

## **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución del contrato por entender que resulta procedente el motivo alegado por la empresa contratista al haber incurrido la Administración local en una demora injustificada en la comprobación del replanteo, causa prevista en el artículo 245,a) LCSP, lo que conlleva la consecuencia económica que se prevé en el artículo 246.2 LCSP.

No obstante, V.S. resolverá.