



Dictamen nº 267/2022

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 31 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 el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Cieza, mediante oficio registrado el día 19 de septiembre de 2022 (Reg. 202200287371), sobre resolución de contrato formalizado con la empresa Saludes Parques Infantiles, S.L., de las obras de reforma del área de juego y mejora de alumbrado en el parque de María Pilar López (exp. 2022_286), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Cieza en sesión celebrada el día 21 de diciembre de 2021, se adjudica a “Saludes Parques Infantiles, S.L.” (“la empresa”, en adelante) la ejecución de las obras de “Reforma del área de juego y mejora del alumbrado en el parque María Pilar López”, por el precio total de setenta y cinco mil doscientos sesenta y dos euros (75.262,00 €), correspondiendo la cantidad de 62.200,00 € al precio base y 13.062,00 € al 21 % de I.V.A. La Adjudicación se notifica a la empresa el 30 de diciembre de 2021. El plazo de ejecución es de tres meses a partir de la comprobación del replanteo según la cláusula 26 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), acto que tuvo lugar el día 28 de enero de 2022.

SEGUNDO.- Solicitada por la empresa la ampliación del plazo de ejecución fue autorizada por la Junta de Gobierno Local en su sesión celebrada el 24 de mayo de 2022, fijándose como fecha de fin el 28 de junio de 2022.

TERCERO.- La directora de la obra y responsable del contrato emite informe el día 23 de junio de 2022 en que pone de manifiesto que, a esa fecha, las obras no se han iniciado por lo que teniendo en cuenta la proximidad de la fecha de terminación considera que no es posible su ejecución en plazo.

CUARTO.- A la vista del informe de la directora de obra, la Junta de Gobierno Local en su sesión del día 6 de julio de 2022 acuerda: *“1º.-Incoar procedimiento de resolución del contrato administrativo de obras de “REFORMA DEL ÁREA DE JUEGO Y MEJORA DE ALUMBRADO EN EL PARQUE MARÍA PILAR LÓPEZ”, motivado por incumplimiento de los plazos de ejecución previstos en el contrato, en tanto que el mismo ha expirado el 28 de junio de 2022, sin que la obra al día de hoy haya dado comienzo; todo ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 211 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 artículo 109 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.*

2º.- Conceder al contratista, SALUDES PARQUES INFANTILES, S.L, conforme dispone el artículo 109.1.a) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (RGLCAP), un plazo de audiencia de 10 días naturales a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación de esta resolución, para que alegue a lo que en su derecho convenga, presentando los documentos y justificantes en defensa de su postura. La no presentación de alegación alguna en el plazo concedido se interpretará como no oposición a la resolución del contrato”.

El acuerdo fue notificado a la empresa el 15 de julio siguiente.

QUINTO.- La empresa, dentro del plazo concedido para ello, presenta un escrito de alegaciones en el que manifiesta que *“[...] es cierto que mi representada no cumplimentó la obra confiada en los plazos establecidos al efecto; retraso que fue provocado por causas ajenas a nuestra voluntad, a saber, bajas en nuestra plantilla provocadas por el COVID, retraso en el suministro de materias primas y en la prestación del servicio de transporte. No obstante lo anterior, no es menos cierto que los retrasos en la ejecución del proyecto son achacables a mi parte. Sobre los retrasos en la ejecución y sus causas hemos mantenido permanentemente informado al Consistorio, como así es de ver en la cadena de mensajes que se aporta como documento uno. Por otra parte, el día 7 de los corrientes, la totalidad de los elementos contratos, con el personal necesario al efecto (sic), se encontraban a pie de obra para su instalación. La ejecución de los trabajos no fue posible por qué -sic- la policía local lo impidió (se acompaña, como bloque de documentos dos, fotos del parque contratado y de la actuación policial que evitó su instalación. Llegados a este punto entendemos que la resolución del contrato es una medida desproporcionada que, además, no beneficiaría a ninguna de las partes [...]. Es por ello que, por el presente solicitamos que se nos permita dar cumplimiento pleno a nuestras obligaciones contractuales, comprometiéndonos a dar cumplimiento a la totalidad de las partidas en un plazo de diez días a contar desde el día que el Ayuntamiento establezca para el inicio de las obras. Todo ello sin perjuicio del abono por mi parte de las penalidades pactadas y demás daños y perjuicios que el retraso en el cumplimiento en nuestras obligaciones pudiera haber irrogado”.* Concluía solicitando que se *“[...] rehabilite el contrato que nos ocupa, permitiendo por mi parte el cumplimiento de las obligaciones que incuben –sic - del mismo, sin perjuicio de atender el pago de las penalidades y perjuicios”.*

SEXTO.- La Asesoría Jurídica del Ayuntamiento, con el visto bueno del Secretario, emite un informe el día 7 de septiembre de 2022 en el que concluye que concurre la causa de resolución del contrato del artículo 211.1.d) LCSP, por demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, recomendando la elevación de consulta a este Consejo Jurídico al existir oposición por parte del contratista.

SÉPTIMO.- La Junta de Gobierno Local, en sesión ordinaria del día 12 de septiembre de 2022, acuerda proponer la resolución del contrato por demora culpable del contratista en el cumplimiento de los plazos de ejecución, al amparo del artículo 211.1.d) LCSP, solicitar el Dictamen de este Consejo Jurídico con suspensión del plazo para resolver por el tiempo que transcurra desde su petición hasta la recepción, y notificándolo a la empresa.

OCTAVO.- En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó la emisión del Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico, acompañando una copia del expediente y el extracto e índice reglamentarios.

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 una entidad local de esta Comunidad Autónoma habiendo formulado el contratista su oposición a la propuesta municipal.

Con la referida oposición del contratista concurre el supuesto establecido en el artículo 190.3, a) 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, o el 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 (LCJ).

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.

SEGUNDA. - Régimen jurídico aplicable, plazo máximo de resolución y procedimiento

I. Como hemos reiterado en numerosos Dictámenes (por todos, el nº 150/2014, de 26 de mayo), el régimen sustantivo aplicable a la resolución de un contrato administrativo es el vigente en la fecha de su adjudicación, mientras que el régimen adjetivo o sobre procedimiento es el vigente en la fecha de iniciación de éste. Por tanto, en el presente caso, tanto al uno como al otro es de aplicación la normativa contenida en la LCSP y el 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 (RGLCAP), dada la fecha de su inicio.

II. El procedimiento seguido no es conforme con el exigido en el artículo 109 RGLCAP. Entre los trámites a seguir se encuentra la audiencia del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía. No consta en el expediente que así se haya efectuado lo que es el obstáculo que impide su terminación regular, no pudiendo entenderse salvado porque la propuesta silencie este efecto toda vez que es de ineludible aplicación en el caso de que la resolución se ampare en un incumplimiento culpable del contratista (artículo 213.3 LCSP), demandando la modificación de la propuesta de resolución para integrar todos los efectos legalmente previstos para el caso de

resolución por culpa del contratista.

Debe llamarse la atención por las deficiencias observadas en la documentación remitida, limitada a los documentos directamente generados en el procedimiento de resolución, pero omitiendo otros necesarios para formar juicio. Nos referimos a que no se ha enviado el expediente de contratación inicial, en el que la lectura del PCAP podría arrojar luz sobre la necesidad o no de dar audiencia al avalista o asegurador. Si en él se ha hecho uso de la posibilidad prevista en el artículo 108.2 LCSP, no será preciso cumplir el trámite, pero, este es un extremo de ineludible acreditación mediante constatación de su inclusión en el PCAP no enviado.

Por último, entre la documentación remitida no se ha incluido toda la generada en el procedimiento de resolución. En el escrito de alegaciones presentado por la empresa se mencionan unos anexos que se han omitido. Tampoco se ha incluido la acreditación de la notificación a la empresa de la solicitud de Dictamen, siendo uno de los requisitos para que pueda otorgarse efectos suspensivos a la petición del dictamen como dijimos, entre otros, en nuestro Dictamen 146/21. Ambas omisiones son incumplimientos del mandato del artículo 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.

III. La vigencia de la nueva LCSP -desde el 9 de marzo de 2018- al momento en que se acuerda incoar el procedimiento de resolución, el 6 de julio de 2022, hace que le sea aplicable la regla contenida en su artículo 212.8, en cuya virtud los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses.

Sin perjuicio de lo anterior y para el futuro, tal como dijimos en nuestro Dictamen 245/2021, se debe tener en cuenta que la STC 68/2021, de 18 de marzo (BOE núm. 97, de 23 de abril de 2021), resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón en relación con diversos preceptos LCSP, entre los cuales se encuentra el artículo 212.8, según el cual, como hemos indicado, los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses. El TC declara que dicho artículo no es conforme con el orden constitucional de competencias al tratarse de una norma de naturaleza auxiliar y procedimental que no puede ser considerada básica. La regulación relativa a la duración de la tramitación de los expedientes de resolución contractual, dice el TC, podría ser sustituida por otra elaborada por las comunidades autónomas con competencia para ello, sin merma de la eficacia de los principios básicos en materia de contratación pública. Por tanto, concluye el TC, procede declarar contrario al orden constitucional de competencias al artículo 212.8 LCSP, aunque, se aclara, no se precisa pronunciar su nulidad, dado que la consecuencia de aquella declaración es solamente la de que no será aplicable a los contratos suscritos por las administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras (SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8, y 55/2018, FFJJ 7 b) y c).

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone en el artículo 38, uno, que las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", hecho este que se produjo el 23 de abril de 2021. De ahí debe seguirse que a los procedimientos de resolución contractual iniciados por la Comunidad Autónoma o las Corporaciones Locales con posterioridad a dicha fecha no le sería aplicable, en principio, el plazo de 8 meses para la resolución del procedimiento que establece el citado artículo 212.8 LCSP.

El artículo 34 de la Ley regional 7/2004, de 28 de octubre, de organización y régimen jurídico de la Administración

Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, establece que “Los contratos que celebre la Administración regional se registrarán por la legislación básica del Estado y por la normativa autonómica de desarrollo de la misma”.

Como hemos dicho en anteriores Dictámenes (por todos el Dictamen 245/21) no existe en la actualidad desarrollo normativo regional en la materia que nos ocupa, por lo que, hasta tanto no se apruebe la misma, una posibilidad para los casos en que la adjudicación se produjo antes de la publicación de la citada sentencia, sería acudir a lo establecido en el último inciso del apartado 3 del artículo 149 de la Constitución española, que establece que “El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”.

Por su parte, el artículo 15, apartado cuatro, de nuestro Estatuto de Autonomía (aprobado por Ley orgánica 4/1982, de 9 de junio), establece, en el mismo sentido, que “El Derecho estatal, en todo caso, es supletorio de las normas de la Comunidad Autónoma”.

Por ello, en casos en que la adjudicación del contrato ha sido anterior a la publicación de la sentencia, ante la ausencia de reglamentación autonómica sobre el plazo de tramitación del procedimiento de resolución contractual, y existiendo una reglamentación completa del mismo (incluido el plazo de resolución) en la normativa estatal (LCSP) y reglamento de desarrollo, hemos considerado que el plazo de resolución contractual en la administración autonómica y local de la Región de Murcia era el de ocho meses, por aplicación supletoria del artículo 212.8 LCSP.

Sin embargo, en casos como el presente en que la adjudicación es posterior a la publicación de la referida sentencia el plazo para su tramitación ha de ser de tres meses. El Ayuntamiento ha entendido erróneamente que es de ocho meses según consta en la propuesta de resolución de 12 de septiembre de 2022.

Lo anterior junto con lo dicho sobre la necesidad de practicar el trámite de audiencia del avalista o asegurador, si estuviera pendiente, hace muy difícil que la decisión pueda adoptarse dentro del plazo legal pues, aunque se ha decretado la suspensión del plazo para resolver entre el tiempo que transcurra desde la petición de Dictamen al Consejo hasta su recepción, y se haya cumplimentado el requisito, que no consta, de notificar la petición de Dictamen a la empresa, tal como exige el artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), se entiende que los pocos días que restan no van a ser suficientes para resolver dentro de plazo.

Por todo lo anterior se estima que debe actuarse con la máxima diligencia para evitar la caducidad del procedimiento, remitiendo el expediente nuevamente a consulta de este Consejo Jurídico una vez completado en el sentido indicado y practicadas las actuaciones que fueran preceptivas a la vista de lo establecido en el PCAP, defectos que impiden entrar ahora en el análisis del fondo de la cuestión sometida a consulta.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- No se puede entrar en el fondo de la cuestión sometida a conocimiento de este Órgano Consultivo en tanto no se complete el expediente con las actuaciones indicadas en la Consideración Segunda.

SEGUNDA.- En caso de mantenerse el criterio de resolver por incumplimiento culpable del contratista debe modificarse la propuesta de resolución para que comprenda todos los efectos previstos para tales casos en el artículo 213.3 LCSP

No obstante, V.S. resolverá.

