



Dictamen nº 291/2022



El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 23 de noviembre de 2022, 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 10 de octubre de 2022 (Registro 202200311023), sobre resolución de contrato de obras de construcción de un muro de contención de tierras en la calle Agüera de Torreagüera (exp. 2022_312), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO. - Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Murcia, de 19 de noviembre de 2021, se adjudicó el contrato administrativo de obras «CONSTRUCCIÓN DE UN MURO DE CONTENCIÓN DE TIERRAS EN LA CALLE AGÜERA DE LA PEDANÍA DE TORREAGÜERA EN MURCIA» a la mercantil TRANSPORTES Y TRITURADOS DE MURCIA, S.L. (en adelante, el contratista), por el precio de 87.296,00 €, más 18.332,16 € correspondientes al IVA (21%).

Dicho contrato se formalizó en documento administrativo el 14 de diciembre de 2021, constando en su cláusula decimoséptima que *“El contratista presta su conformidad al Proyecto de la obra y a los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen para este contrato y se somete, para cuanto no se encuentra en ellos establecido, a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y al 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, en lo que no se oponga a dicha Ley”*.

SEGUNDO. – Con fecha 19 de enero de 2022, se firma por el contratista el Acta de replanteo en el que se hace constar que *“el contratista cuenta con toda la documentación necesaria para la correcta ejecución de las obras en los términos y plazos fijados, dando comienzo la ejecución del contrato de obras, de acuerdo con el proyecto y las prescripciones previstas”*.

TERCERO. – Con fecha 27 de enero de 2022, el contratista presenta ante el Ayuntamiento escrito por el que solicita “suspender el inicio de la obra un mes por las circunstancias indicadas, a partir de la fecha 28 de Enero de 2022”.

CUARTO. – Con fecha 18 de febrero de 2022, por el Ingeniero de Caminos Canales y Puertos Municipal se emite informe en el que se indica:

“No se aporta ningún tipo de argumento ni de justificación para tal suspensión del inicio de las obras, ya que únicamente se indican causas de organización interna de la empresa adjudicataria, que en ningún momento puede ser asumido por las obras.”

Procede también indicar que el día de la firma del acta de comprobación del replanteo de las obras, no se indicó la existencia de ningún tipo de obstáculo que impidiera el inicio de las obras.”

Con fecha 23 de febrero de 2022, el mismo técnico municipal emite nuevo informe en el que indica:

“Con fecha de 19 de enero de 2022, se firmó la correspondiente Acta de Replanteo, sin que el contratista manifestara nada en contra del inicio de las obras.”

Con fecha de 27 de enero del presente año, D. X, en nombre y representación de la mercantil adjudicataria de las obras “Transportes y Triturados de Murcia S.L” solicita la suspensión del inicio de las obras por el plazo de un mes.

Dicha solicitud fue informada desfavorablemente por parte de quien suscribe con fecha de 18 de febrero del presente año.

Hasta la fecha, continúan las obras sin iniciarse, habiendo consumido la empresa un 38% del plazo total de ejecución de las mismas, entendiendo el que suscribe que es causa de resolución del contrato por parte de este Ayuntamiento.

Por tanto se traslada a ese Servicio de Contratación el presente informe para que sea iniciado de forma inmediata el expediente de resolución del referido contrato de obras”.

QUINTO. – Con fecha 13 de julio de 2022, por los Concejales Delegados de Infraestructuras, Contratación y Fomento, y de Gestión Económica y Seguridad Ciudadana se dicta Decreto por el que se acuerda iniciar el procedimiento de resolución del contrato referido “por incumplimiento culpable del Contratista consistente en la demora del cumplimiento de los plazos (art. 211.1, d) LCSP, en relación con la Cláusula 19.1 del PCAP)”.

SEXTO. – Con fecha 26 de julio de 2022, la contratista presenta escrito de alegaciones en el que argumenta, en síntesis:

Que, según reiterada jurisprudencia y doctrina del Consejo de Estado, no basta cualquier incumplimiento del contrato para acordar la extinción de este, sino que ha de ser grave, cualificado y de naturaleza sustancial.

Que la regulación de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) (Ley 9/2017, de 8 de noviembre) contempla en el artículo 195 la posibilidad de ampliación del plazo inicial de ejecución si el retraso se produce por causas no imputables al contratista y se formula la solicitud dentro del plazo de 15 días desde que se produzca la causa del retraso, y que en el presente caso ni siquiera se valoró por parte de la Administración esa prórroga en el comienzo de las obras, por lo que se opone a la resolución del contrato por incumplimiento culpable.

Por el contrario, propone el mantenimiento del contrato actual y su inmediata ejecución, o, la resolución del contrato de mutuo acuerdo.

SÉPTIMO. – Con fecha 4 de octubre de 2022, el Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos municipal informa:

“Se requirió a la empresa para el inicio de las obras por distintas vías:

- *Correo de fecha 24 de enero de 2022 indicando plazo para presentación del control de calidad y para presentar el programa de trabajos.*
- *Correo de fecha 26 de enero de 2022 reiterando petición de la documentación anterior.*
- *Correo de fecha 8 de febrero de 2022, dando un plazo para presentación de documentación e inicio de las obras, apercibiendo del inicio del correspondiente expediente de rescisión del contrato.*
- *Además de los correos, se contactó en numerosas ocasiones con la empresa, por vía telefónica, requiriéndoles el inicio de las obras, sin obtener resultado alguno.*

Por otro lado, y ante la necesidad de proceder al inicio de las obras para cumplir con los plazos, se envió al Servicio de Contratación la documentación que se indica:

- *Informe de fecha 18 de febrero de 2022, sobre la insuficiente justificación de la suspensión del contrato solicitada por el contratista.*
- *Informe de 23 de febrero de 2022 sobre inicio de expediente de resolución del contrato por no iniciar las obras según las condiciones aceptadas por el contratista presentándose a la licitación y formalizando el contrato posteriormente”.*

Junto con el informe se adjuntan los correos electrónicos referidos.

OCTAVO. – Con fecha 5 de octubre de 2022, se emite informe por los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento en el que consideran que *“concurre el motivo de resolución apreciado por el Servicio de Contratación, por haber demorado el cumplimiento de los plazos por parte de la contratista y por haberse desestimado, por silencio administrativo, la solicitud de suspensión presentada”*.

NOVENO. – Con fecha 7 de octubre de 2022, la Junta de Gobierno Local acuerda solicitar informe preceptivo a este Órgano Consultivo y suspender el plazo para la resolución del procedimiento, notificándolo al contratista con fecha 11 de octubre de 2022.

DÉCIMO. – En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente e índice reglamentarios; expediente que fue completado, tras Acuerdo del Consejo Jurídico nº 26/2022, con fecha 26 de octubre 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, 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.

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 y la incautación y pérdida de la garantía definitiva.

SEGUNDA. - Régimen jurídico aplicable, procedimiento y plazo máximo de resolución del 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 en ambos aspectos es aplicable LCSP y el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RLCAP) aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre.

II. En cuanto a la tramitación realizada a los fines de declarar la resolución del contrato, no hay objeción sustancial que señalar, pues se han emitido los informes preceptivos y otorgado a los interesados el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, en el cual han podido obtener copia de los documentos que estimasen oportunos y han alegado lo conveniente en defensa de sus intereses.

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, 13 de julio de 2022, en atención al criterio sostenido en diversos Dictámenes de este Órgano Consultivo, al ser posterior a la fecha de publicación de la STC 68/2021, de 18 de marzo (BOE núm. 97, de 23 de abril de 2021), que 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, obliga a considerarlo no aplicable al caso por lo que el plazo para su conclusión es de tres meses.

Habiendo hecho uso de la facultad de suspensión del plazo prevista en el artículo 22.1.d.) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), iniciado por acuerdo de 13 de julio de 2022, se está en plazo para resolver dentro del legalmente establecido.

TERCERA. - Sobre el fondo del asunto.

Entrando ya en la consideración sobre el fondo de la consulta planteada, la cuestión se centra en determinar si procede o no acordar la resolución del contrato que se pretende con base en el incumplimiento que se le imputa a la empresa contratista.

El Servicio de Contratación ha formulado propuesta de resolución contractual por la causa legal de carácter general prevista en el artículo 211.1.d) LCSP, de acuerdo con el cual es causa de resolución de los contratos públicos *“La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”*.

Por su parte, la empresa contratista ha expresado su oposición a la resolución del contrato por esta causa, considerando que no concurre, sino que debió accederse a la ampliación del plazo solicitada dentro del legalmente establecido, por lo que no hay incumplimiento culpable y que, de resolverse el contrato, procedería hacerlo de mutuo acuerdo.

La propuesta de resolución hace un pormenorizado análisis de las causas, llegando, acertadamente, a la conclusión de que no procede la invocada por el contratista y sí la aducida por el Ayuntamiento consultante.

De conformidad con el artículo 139 LCSP, las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

Asimismo, el artículo 189 LCSP dispone que los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, señalando el artículo 197 que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista.

Por su parte, el artículo 193.1, 2 y 3 LCSP establece:

“1. El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así

como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva.

2. La constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración.

3. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, IVA excluido...”.

El artículo 211.1 LCS establece:

“1. Son causas de resolución del contrato:

(...)

d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista...”.

La Cláusula 19^a del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se refiere a los supuestos de ejecución defectuosa y demora, señalando lo siguiente al respecto:

“19.1. El contratista está obligado a ejecutar el contrato con arreglo a las condiciones definidas en el proyecto aprobado, dentro del plazo total fijado para su realización y de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva.

19.2 Sin perjuicio de la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones que procedan; en los casos de demora en la ejecución con respecto al cumplimiento de los plazos previstos en el apartado 3 y ss. del art. 193 de la LCSP, la Administración, a propuesta del responsable del contrato, podrá imponer a la contrata, previa la tramitación de las actuaciones oportunas y con audiencia del contratista, penalidades u optar por la resolución del contrato, con arreglo a lo previsto en dicho artículo...”.

En consecuencia, la cláusula 21^a del PCAP establece como causas de resolución del contrato:

“Con independencia de los incumplimientos de carácter muy grave que puedan causar la resolución del contrato de conformidad con lo establecido en la anterior cláusula 19; motivarán la resolución del mismo las circunstancias enumeradas en los arts. 211 y 245 de la LCSP, con los efectos previstos en sus arts. 213 y 246.

La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o, en su caso, a instancia del contratista, siguiendo el procedimiento previsto en el art. 212 de la LCSP y 109 del RGLCAP”

La cláusula 4^a del PCAP, en cuanto al plazo de ejecución del contrato establece:

“El plazo para la total ejecución del proyecto a que hace referencia el presente Pliego será de TRES MESES, que

se computarán desde el día siguiente al de formalización del Acta de Comprobación de Replanteo, finalizando dicho plazo el día de su último mes que se corresponda con el de la firma del referido acta (art. 30.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre).

Con independencia del plazo señalado anteriormente para la ejecución total de las obras, la empresa adjudicataria deberá ir cumpliendo los plazos parciales fijados para cada tipo de obra que componen el proyecto de referencia, en relación con los planes de realización concreta que le serán señalados en cada momento por la Dirección Técnica.

En caso de que por motivos no imputables al contratista, éste no pudiese cumplir el plazo de ejecución previsto, se podrá conceder por el órgano de contratación, dentro del inicialmente previsto, ampliación al referido plazo en los términos de la normativa aplicable, y siempre previo informe favorable de la dirección facultativa”.

Por su parte, la cláusula tercera del contrato administrativo de obras, indica:

“El plazo de ejecución de las OBRAS será de TRES MESES a contar desde el día siguiente al de la firma del Acta de Comprobación del Replanteo, finalizando dicho plazo el día de su último mes que se corresponda con el de la firma del referido acta (art. 30.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre).

A su vez, el acta de comprobación del replanteo se expedirá dentro del plazo de UN MES desde la fecha de formalización del presente contrato por la Dirección Técnica en presencia del contratista, y se remitirá al Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial”.

En nuestro caso, el acta de comprobación del replanteo se realiza el día 19 de enero de 2022, sin que conste la formulación de ningún reparo por parte del contratista, sino que, por el contrario, en ella se hace constar que “el contratista cuenta con toda la documentación necesaria para la correcta ejecución de las obras en los términos y plazos fijados, dando comienzo la ejecución del contrato de obras, de acuerdo con el proyecto y las prescripciones previstas”.

No es hasta el día 27 de enero de 2022 (cuando ya a partir del día 20 de enero debían haberse iniciado las obras), cuando el contratista solicita suspender el inicio de la obra por plazo de un mes por no disponer de los medios para su ejecución en ese momento.

El artículo 195 LCSP -Resolución por demora y ampliación del plazo de ejecución de los contratos-, establece:

“1. En el supuesto a que se refiere el artículo 193 (demora en la ejecución), si la Administración optase por la resolución esta deberá acordarse por el órgano de contratación o por aquel que tenga atribuida esta competencia en las Comunidades Autónomas, sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de este, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.

2. Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y este ofreciera cumplir sus compromisos si se le amplía el plazo inicial de ejecución, el órgano de contratación se lo concederá dándosele un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor. El responsable del contrato emitirá un informe donde se determine si el retraso fue producido por motivos imputables al contratista”.

El artículo 100.1 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 (RLCAP) establece:

“La petición de prórroga por parte del contratista deberá tener lugar en un plazo máximo de quince días desde aquél en que se produzca la causa originaria del retraso, alegando las razones por las que estime no le es imputable y señalando el tiempo probable de su duración, a los efectos de que la Administración pueda oportunamente, y siempre antes de la terminación del plazo de ejecución del contrato, resolver sobre la prórroga del mismo, sin perjuicio de que una vez desaparecida la causa se reajuste el plazo prorrogado al tiempo realmente perdido”.

A la vista de lo expuesto, lo primero que tenemos que dilucidar es si el retraso en comenzar la ejecución del contrato es imputable o no al contratista.

El artículo 139, regla 2^a, RLCAP establece:

“Cuando el resultado de la comprobación del replanteo demuestre, a juicio del director de la obra y sin reserva por parte del contratista, la disponibilidad de los terrenos y la viabilidad del proyecto, se dará por aquél la autorización para iniciarlas, haciéndose constar este extremo explícitamente en el acta que se extienda, de cuya autorización quedará notificado el contratista por el hecho de suscribirla, y empezándose a contar el plazo de ejecución de las obras desde el día siguiente al de la firma del acta”.

La regla 5^a de dicho artículo, por su parte, establece:

“Lo dispuesto en el apartado anterior se aplicará igualmente cuando el contratista formulase reservas en el acto de comprobación del replanteo. No obstante si tales reservas resultasen infundadas, a juicio del órgano de contratación, no quedará suspendida la iniciación de las obras ni, en consecuencia, será necesario dictar nuevo acuerdo para que se produzca la iniciación de las mismas y se modifique el cómputo del plazo para su ejecución”.

Como vimos anteriormente (artículo 195 LCSP y cláusula 4^a PCAP), para que pueda darse una ampliación del plazo de ejecución (que no suspensión) resulta necesario que exista informe por parte del responsable del contrato que determine si el retraso fue producido por motivos imputables al contratista. Consta en el expediente remitido que, con fecha 18 de febrero de 2022, el Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos del Ayuntamiento, responsable del contrato, emite informe en el que hace constar expresamente que el contratista no ofrece argumento ni justificación para tal suspensión, sino causas de organización interna de la empresa que no pueden ser asumidas por la obra; además de que señala expresamente que el día de la firma del acta de comprobación del replanteo no se indicó la existencia de ningún tipo de obstáculo que impidiera el inicio de las obras.

Es más, en informe posterior, el responsable del contrato adjunta una serie de correos electrónicos, en los que se pone de manifiesto la falta de justificación de la demora en el inicio de la ejecución de la obra.

Así, en correo electrónico de 26 de enero de 2022, dirigido a la contratista, puede leerse:

“Con respecto a las obras de construcción de un muro en la calle Torreaguera se les reitera que aún no ha sido presentado a esta dirección de las obras el plan de control de calidad y el programa de trabajos, tampoco se han iniciado las obras sin que exista ningún tipo de justificación de la demora en su inicio, por lo que se traslada el presente correo al Servicio de Contratación a los efectos oportunos”.

En otro correo electrónico de 8 de febrero de 2022, cuando ya el contratista había solicitado la suspensión del inicio de las obras, puede leerse:

“Por medio del presente, y con respecto a las obras de construcción de un muro en la Calle Agüera de Torreaguera, se les reitera lo siguiente;

- 1.- Que el acta de replanteo se firmó con fecha de 19 del mes de enero del presente año.*
- 2.- Que le plazo de ejecución de las obras es de tres meses, de los cuales ya han transcurrido 20 días sin que las obras hayan comenzado.*
- 3.- Que no hay ningún tipo de justificación para que las mismas no hayan comenzado.*
- 4.- Que aún no se ha presentado el Plan de Control de Calidad ni la programación de las obras.*

Por todo lo anterior, se les concede un plazo de 24 horas para que presente la documentación requerida y se inicien de forma inmediata las obras, o se iniciará por parte de quien suscribe el correspondiente expediente de rescisión del contrato”, obras que no se iniciaron en ningún momento.

Por tanto, resulta evidente que el informe del responsable del contrato indica que las causas de la falta de inicio de la ejecución de las obras son exclusivamente imputables al contratista, por lo que en ningún caso podría accederse a la ampliación del plazo de ejecución prevista en el artículo 195 LCSP anteriormente transcrita.

Bien es cierto que no existe resolución expresa por parte de la Administración respecto de la solicitud de suspensión realizada, pero no es menos cierto que el responsable del contrato había traslado a la empresa que no consideraba justificada la suspensión del inicio de ejecución de las obras y que le instaba al comienzo de éstas en un plazo de 24 horas, por lo que el contratista conocía la falta de informe favorable por parte del responsable del contrato a la tan citada suspensión, por lo que también sabía que, en cualquier caso, la Administración no podría autorizar la misma, por lo que dicho defecto formal no convalida la actuación del contratista.

El efecto del incumplimiento culpable de la contratista por demora en el cumplimiento de los plazos de ejecución supone la concurrencia de la causa prevista en el artículo 211.1,d) LCSP, con la consiguiente resolución del contrato que, al serlo por culpa del contratista, lleva aparejados los efectos del artículo 231.3 de la misma ley, según el cual *“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”*.

La propuesta de resolución no reconoce la existencia de daños y perjuicios de los que debiera responder el contratista de modo que no se debe instruir el expediente contradictorio que los cuantifique.

En cuanto a la incautación de la garantía, la contratista optó por constituir la garantía definitiva (de importe 4.364'80 euros) mediante retención en el precio (correspondiente al 5% del precio de adjudicación del contrato, IVA excluido, de acuerdo con la Cláusula 13.4 del PCAP), por lo que no ha sido constituida. Ello, sin embargo, no impide, como indica la propuesta de resolución, que la Administración proceda a su incautación (como impone la LCSP para el caso de incumplimiento culpable del contratista), debiendo éste abonar su importe en el plazo voluntario que se determine o, en caso contrario, tal y como expresamente habilita el artículo 113.2 LCSP, por la vía de apremio.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA. Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución del contrato por concurrir la causa prevista en el artículo 211.1 d) LCSP, debiendo desestimar expresamente la petición del contratista de resolución por aplicación del apartado c) del mismo precepto legal.

SEGUNDA. Procede ordenar la incautación de la garantía constituida.

No obstante, V.E. resolverá.