Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Dictamen nº **53/2023**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 7 de marzo de 2023, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Fuente Álamo de Murcia, mediante oficio registrado el día 16 de febrero de 2023 (Reg. número 202390000170530), sobre resolución de contrato Obra de Vestuarios y graderíos en Polideportivo Municipal de Cuatro Vientos de Fuente Álamo (exp. 2023_051), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO. – Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Fuente Álamo, en sesión celebrada el 26 de mayo de 2021, se acuerda considerar que la licitadora D.ª X, ha retirado su oferta en la licitación del contrato de obras de "Vestuarios y graderíos en Polideportivo Municipal de Cuatro Vientos de Fuente Álamo. Plan de Obras y Servicios 2020.2021", (Expte.-1893/2021), al no haber presentado la garantía solicitada en el plazo establecido y proceder a recabar la misma documentación al licitador siguiente, es decir, a la Mercantil Ingeniería Natural, Agua y Medio Ambiente, S.L.

SEGUNDO. – Contra el citado acuerdo, D.ª X presenta recurso de reposición que es estimado en parte por acuerdo de la Junta de Gobierno Local, en sesión ordinaria celebrada el día veintinueve de julio de dos mil veintidós, en el sentido de desestimar la solicitud de anulación de los acuerdos impugnados y estimar la petición subsidiaria de devolución a la recurrente de la fianza constituida en metálico por importe de 13.635,26€, sin imposición de penalidades.

TERCERO. – Con fecha 31 de mayo de 2021, se adjudica el contrato de las obras de "Vestuarios y graderíos en Polideportivo Municipal de Cuatro Vientos de Fuente Álamo. Plan de Obras y Servicios 2020.2021" a favor de la Mercantil Ingeniería Natural, Agua y Medio Ambiente, S.L (la contratista), en el precio de 287.349,27 euros, y 60.343,35 euros correspondientes al I.V.A.

CUARTO. – Con fecha 27 de julio de 2022, la contratista presenta escrito por el que solicita una ampliación del plazo de ejecución hasta el 31 de octubre de 2022, inclusive, que es autorizada por resolución, de 8 de septiembre de 2022, de la Dirección General de Administración Local, pero no por el Ayuntamiento de Fuente Álamo.

QUINTO. – Con fecha 6 de octubre de 2022, la contratista presenta escrito por el que solicita *"LA RENUNCIA a la ejecución del resto de contrato de obra que se encuentra pendiente a fecha de hoy"*, justificándolo en la imposibilidad de continuar con la ejecución de la obra en base al incremento desorbitado de precios de las unidades de obras que componen el proyecto debido a los últimos acontecimientos bélicos. Achacando en este momento aumentos de precios de hasta el 400 %, e incluso falta de Stock.

SEXTO. – Con fecha 15 de noviembre de 2022, por el Ingeniero Industrial Municipal se emite informe en el que se

concluye que: *“no se puede justificar la imposibilidad de continuar con las obras por parte de la empresa simplemente en base a los aumentos de precios de las unidades de obra durante el transcurso de las mismas, y además cuando con fecha 2 de marzo del presente, se publica el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, donde se incluyen medidas urgentes y de carácter excepcional que permiten una revisión excepcional de los precios del contrato para así garantizar la viabilidad de los mismos ante circunstancias tan excepcionales como las que actualmente se vienen desarrollando”.*

SÉPTIMO. – Con fecha 28 de noviembre de 2022, se emite informe por el Secretario General del Ayuntamiento, en el que concluye que: *“los incumplimientos puestos de manifiesto por el responsable del contrato en su informe de 15 de noviembre de 2022 tienen encaje entre las causas de resolución de los contratos de conformidad con lo indicado en el punto segundo de este Informe”*.

OCTAVO. – Que, mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local, en sesión ordinaria celebrada el día veintiuno de diciembre de dos mil veintidós, se incoó “Procedimiento de Resolución del Contrato de obras de Vestuarios y graderíos en Polideportivo Municipal de Cuatro Vientos de Fuente Álamo. Plan de Obras y Servicios 2020.2021” por *“incumplimiento de la Mercantil “INGENIERIA NATURAL, AGUA Y MEDIO AMBIENTE, S.L.” de sus obligaciones contractuales esenciales del contrato, en concreto, del incumplimiento culpable del contratista del plazo de ejecución de las obras, establecido en el contrato administrativo”*, con incautación de la garantía.

NOVENO. – Con fecha 5 de enero de 2023, la contratista presenta escrito de alegaciones oponiéndose a la resolución del contrato por incumplimiento culpable, al considerar que el desmesurado incremento de precios que ha sufrido la obra está muy por encima del concepto de “riesgo y ventura del contratista”, y que ha sido totalmente inesperado e imprevisible para el mismo empleando una diligencia normal en este tipo de contrataciones, suponiendo el cumplimiento del contrato extremadamente oneroso para el contratista, habiéndose ejecutado la obra, no siendo el incumplimiento del plazo del contrato imputable a él, puesto que hay partidas de obra inejecutables conforme al proyecto original, que han provocado un retraso en la ejecución de la misma.

Que, además, el modificado solicitado suponía un incremento adicional sobre el precio de adjudicación de 56.557,00 euros, lo que unido al incremento desorbitado del precio de los materiales hacía inviable la ejecución en el precio adjudicado.

Que al contrato no le son aplicables las medidas previstas en el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, donde se incluyen medidas urgentes y de carácter excepcional para permitir una revisión excepcional de los precios del contrato, que garantice su viabilidad, puesto que en el año 2021 no se había ejecutado el 20% de la obra, como exige la Ley de Contratos del Sector Público, además de que sólo se podría aplicar la revisión al cemento empleado en la obra conforme a la normativa aplicable, por lo que no supondría un importe de revisión significativo; además, la normativa solo permite una revisión de precios de un 20% del precio del contrato, lo que sería insuficiente para restablecer el reequilibrio económico de éste.

Termina solicitando que se resuelva el contrato por imposibilidad de ejecución en las condiciones establecidas en su licitación, acordando el levantamiento de la incautación de la garantía.

DÉCIMO. – Con fecha 6 de febrero de 2023, se emite informe por el Ingeniero Industrial Municipal en el que se indica:

“Una vez analizadas las alegaciones presentadas por la mercantil a la resolución del presente contrato, se expone:

Punto segundo y tercero de la alegación: la mercantil sigue exponiendo los mismos motivos a los que hizo referencia en su escrito de 6 de octubre de 2022, donde pretende justificar su renuncia a la ejecución de la totalidad del contrato en base al incremento desorbitado de precios de las unidades de obras que componen el proyecto debido a los últimos acontecimientos bélicos. Achacando en este momento aumentos de precios de hasta el 400 %. E incluso falta de Stock.

Ante este extremo, ya se contestó haciendo referencia a la posibilidad de hacer uso del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, donde se incluyen medidas urgentes y de carácter excepcional para permiten una revisión

excepcional de los precios del contrato que así garantice su viabilidad. Aspecto que en ningún caso ha sido expuesto por la mercantil a esta administración para poder llevar a cabo la revisión de precios planteada en su alegación.

Punto cuarto de la alegación: La mercantil pretende justificar también el retraso en las obras por dos deficiencias en el proyecto. Por un lado, se manifiesta un error en la longitud total de los pilares. Los pilares deben aumentar su longitud en 20 cm respecto a la fijada en el proyecto de obra. La mercantil pretende justificar el retraso de las obras por el tiempo que ha sido necesario para la fabricación de los citados pilares. Analizando las certificaciones presentadas se puede comprobar que las partidas de los pilares aparecen certificadas en el mes de abril de 2022, como actuaciones ejecutadas durante ese mismo mes. No pudiéndose solicitar la modificación que se expresa en su escrito de 14 de septiembre de 2022. Ni se justifica el retraso expuesto al estar ejecutas las actuaciones.

Por último, en el caso de la decisión de modificar la tabiquería interior respecto al proyecto original. No se ha autorizado por el órgano de contratación el cambio expuesto por la mercantil, por lo que no justifica ser motivo del retraso de las obras.

Por todo lo expuesto anteriormente, no se puede tener en cuenta la citada alegación como justificación del retraso en las obras.

Debemos también tener en cuenta que con fecha 27 de julio de 2022, la mercantil registra ante esta administración, solicitud para ampliar el plazo de ejecución de las obras hasta el 31 de octubre de 2022. Junto con esta solicitud aporta documento donde justifica la necesidad de ampliar el plazo de ejecución de las mismas en la excepcional situación generada por la pandemia sufrida a nivel mundial que ha afectado directamente a las economías de los mercados. En ningún momento la mercantil achaca el retraso en la ejecución de las obras a las dos situaciones expuestas en los párrafos anteriores.

Punto quinto de la alegación: La mercantil se apoya en el informe emitido por este técnico con fecha 15 de noviembre de 2022, para justificar la imposibilidad de hacer uso del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, lo que le permitiría conseguir la viabilidad de las obras.

En este caso, como así se expresa en el informe de 15 de noviembre 2022, el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, abre la posibilidad de una revisión excepcional de los precios aplicables en el contrato de obra que permita reducir el incremento extraordinario de los costes y así garantizar la viabilidad y finalización de las obras en un plazo próximo.

El RD hace referencia a una reducción del incremento de los costes. El RD viene a ayudar a la viabilidad de la obra, y no a que se garanticen los costes de la mercantil para las citadas obras.

De igual forma, y como se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior la mercantil no ha presentado solicitud formal en esta administración para la tramitación de la oportuna revisión de precios.

Conclusión: Por tanto, y ante lo descrito anteriormente, no se puede tener en cuenta las alegaciones presentadas por la mercantil ante la resolución del contrato por incumplimiento culpable".

UNDÉCIMO. – La Junta de Gobierno Local, en sesión ordinaria celebrada el día ocho de febrero de dos mil veintitrés, formuló la siguiente propuesta de resolución:

"1º.- Desestimar las alegaciones presentadas por la Mercantil adjudicataria "INGENIERIA NATURAL, AGUA Y MEDIOAMBIENTE, S.L.U.", mediante escrito NRE 2023-150 en base a los motivos contenidos en el Informe del Responsable del contrato transcrito anteriormente de fecha 6 de febrero de 2023.

2º.- Resolver el contrato de obras de "Vestuarios y graderíos en Polideportivo Municipal de Cuatro Vientos de Fuente Álamo. Plan de Obras y Servicios 2020.2021", suscrito entre este Ayuntamiento y la Mercantil "INGENIERIA NATURAL, AGUA Y MEDIOAMBIENTE, S.L.U.", y formalizado en documento administrativo el 14 junio de 2021, por incumplimiento de la Cláusula Vigesimoquinta del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que contempla expresamente el incumplimiento del plazo total del contrato como causa de resolución

del mismo, siendo el plazo de ejecución el de 5 meses, según la Cláusula Séptima del Pliego, a contar desde la fecha del acta de comprobación del replanteo, que se levantó el 30 de agosto de 2021, plazo que se ha excedido con creces.

3º.- Autorizar el cambio del tipo de garantía solicitado, retirando el aval bancario depositado en su día, previo ingreso en efectivo en las arcas municipales del importe de 14.367,46 euros en concepto de fianza de la obra.

4º.- Incautar la garantía prestada por incumplimiento culpable del contrato por parte de la Mercantil adjudicataria…".

DUODÉCIMO. – En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, con suspensión del plazo para emitirlo, acordada en la propuesta de resolución referida en el anterior antecedente, notificada al interesado con fecha 13 de febrero de 2023.

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) 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), 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, 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, 21 de diciembre 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 21 de diciembre de 2022, se está en plazo para resolver dentro del legalmente establecido.

TERCERA. - Sobre el fondo.

La cuestión de fondo que se somete a la consideración de este Consejo es la de si procede o no resolver el contrato celebrado entre el Ayuntamiento de Fuente Álamo y la empresa “Ingeniería Natural, Agua y Medio Ambiente, S.L.” para la realización de la obra “Vestuarios y graderíos en Polideportivo Municipal de Cuatro Vientos de Fuente Álamo. Plan de Obras y Servicios 2020.2021”, por el precio 287.349,27€ y 60.343,35€ correspondientes al I.V.A., con un plazo de ejecución inicial de cinco meses a partir de la comprobación del replanteo, que tuvo lugar el día 14 de julio de 2021, si bien en el informe del Secretario General de 18 de noviembre de 2022 se indica que el acta de comprobación del replanteo es de fecha 30 de agosto de 2021.

La propuesta de resolución se basa en el incumplimiento de los plazos de ejecución previstos en el contrato y, en concreto, por incumplimiento de la Cláusula Vigesimoquinta del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que contempla expresamente el incumplimiento del plazo total del contrato como causa de resolución del mismo, siendo el plazo de ejecución el de 5 meses, según la Cláusula Séptima del Pliego, a contar desde la fecha del acta de comprobación del replanteo, que se levantó el 14 de julio de 2021, plazo que se ha excedido con creces, y todo ello al amparo, entre otros, de lo dispuesto en el artículo 211.1 d) de la LCSP.

En efecto, en los diferentes documentos integrantes del expediente, se demuestra el incumplimiento del contratista en la ejecución de la obra. Es el caso del informe de 15 de noviembre de 2022, del responsable del contrato, en el que pone de manifiesto que, a la fecha del informe, las obras estaban ejecutadas a un 45%. Continúa diciendo que en base a la fecha de formalización del contrato, las obras se deberían finalizado el pasado 14 de diciembre de 2021, y que con fecha 27 de julio de 2022 (transcurrido sobradamente el plazo de ejecución, la empresa solicita ampliar el plazo para la ejecución de las obras hasta el 31 de octubre de 2022, justificando el retraso de las obras en la excepcional situación generada por la pandemia sufrida a nivel mundial que ha afectado directamente a las economías de los mercados. No obstante, a fecha 31 de octubre 2022, las obras se encuentran sin finalizar.

La propia empresa, en su escrito de alegaciones de 5 de enero de 2023, reconocía el retraso en el plazo de ejecución de la obra, si bien entendía que había diferentes causas a las que atribuir el incumplimiento. Entre ellas aludía a factores que escapaban a su control (incidencias derivadas de la pandemia causada por la COVID-19; subida exorbitada de precios, defectos de suministro de materiales) o a la propia Administración (errores del proyecto). El palmario incumplimiento sugiere el carácter excusable de su análisis, si bien, para disipar dudas sobre la decisión a adoptar ha de señalarse que, de las invocadas, la imputable al Ayuntamiento por defectos en el proyecto queda contestada en el informe del responsable del contrato, al indicar que *“las partidas de los pilares aparecen certificadas en el mes de abril de 2022, como actuaciones ejecutadas durante ese mismo mes”*; y que de la decisión de modificar la tabiquería interior respecto al proyecto original *“No se ha autorizado por el órgano de contratación el cambio expuesto por la mercantil, por lo que no justifica ser motivo del retraso de las obras”.*

Por último, en cuanto a la imposibilidad alegada por la contratista de hacer uso de las revisiones de precios previstas en el Real Decreto-Ley 3/2022, de 1 de marzo, este prevé una revisión excepcional de los precios aplicables en el contrato de obra que permita reducir el incremento extraordinario de los costes y así garantizar la viabilidad y finalización de las obras en un plazo próximo; es decir, consiste en ayudar a la viabilidad de la obra, y no a que se garanticen los costes de la mercantil para las citadas obras, además de que la contratista no ha presentado solicitud formal a la administración contratante para la tramitación de la oportuna revisión de precios.

Por todo ello, el Consejo Jurídico comparte el parecer de la propuesta de resolución, pues llegado el plazo de finalización de ejecución de la obra, incluida la ampliación, ésta no se había finalizado, por lo que resulta procedente resolver el contrato por quedar patente el incumplimiento culpable del contratista de su obligación principal, la de ejecutar la obra en el plazo establecido, pero entendiendo que la causa debe ser la del incumplimiento de su obligación principal establecida en el artículo 211.1.f) LCSP. Como consecuencia, debe modificarse el texto de la propuesta para fundarla en tal precepto y declarar la obligación del contratista de indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, pueda haber causado a la Administración, cuya concreción deberá hacerse en un procedimiento nuevo con audiencia de los interesados.

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

CONCLUSIÓN

<u>ÚNICA</u>. - Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución del contrato sometida a consideración por concurrir la causa del artículo 211.1.f) LCSP debiendo modificarse para incluir en ella la cita de dicho precepto, así como la obligación del contratista de indemnizar los daños y perjuicios que se hubieran podido causar al Ayuntamiento, cuyo importe se determinará en un nuevo procedimiento contradictorio.

No obstante, V.S. resolverá.