



Dictamen nº **344/2023**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 7 de diciembre de 2023, 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 25 de septiembre de 2023 (Reg. 202300304900), sobre resolución de contrato de obras formalizado con Lorquimur, S.L., de las Nuevas dependencias de Protección Civil y Naves Garaje-Almacén del S.E.I.S. Murcia (exp. 2023_299), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Murcia (JG), de 15 de julio de 2022, fueron aprobados el Proyecto Técnico y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), mediante procedimiento abierto simplificado, reguladores de la contratación de la obra “Nuevas dependencias de protección civil y naves garaje-almacén del S.E.I.S. de Murcia” (en adelante, el contrato), conforme al proyecto redactado por la Técnico Municipal del Departamento de Arquitectura de la Oficina de Obras y Proyectos municipales (Expte. P_22_0006, Cód. Gexflow 2022/02201/000006).

El presupuesto base de licitación se fijó en la cantidad de 1.115.702,48.- €, más el 21% de I.V.A., en la cantidad de 234.297,52.- €, lo que hacía un total de 1.350.000,00.- €.

Por acuerdo de la JG de 21 de octubre de 2022 se adjudicó el contrato a “LORQUIMUR, S.L.” (en adelante, la empresa”), en la cantidad de 1.076.318,18.- €, más el 21% de I.V.A., lo que hacía un total de 1.302.345,00.- €, conforme a su oferta, formalizándose el contrato el 18 de noviembre de 2022.

El plazo de ejecución del contrato era de doce meses, a contar desde el día siguiente al levantamiento del acta de comprobación del replanteo, lo cual debía efectuarse en el mes siguiente a la formalización del contrato.

La garantía definitiva se constituiría mediante retención en el precio según autorizaba la cláusula 13.4 PCAP, por importe de 53.815,91.- €, correspondiente al 5% del precio de adjudicación del contrato, I.V.A. excluido.

SEGUNDO.- La cláusula 15.6 PCAP exigía que la empresa elaborase un Plan de Seguridad y Salud (PSS) y lo entregase dentro de los cinco días hábiles siguientes a la formalización del contrato, para que un técnico municipal, en su condición de coordinador de Seguridad y Salud, elaborase un informe tras su estudio, pronunciándose sobre su corrección en un plazo de cinco días hábiles. Si así lo estimaba, emitiría su informe favorable, enviándolo a la dirección técnica de la obra que, a su vez, lo remitiría al Servicio de Contratación para su aprobación por el órgano de contratación.

En caso de que el coordinador de seguridad y salud apreciara que debía subsanarse, lo comunicaría al contratista

para que lo hiciera en los dos días hábiles siguientes a su recepción. Tras ello, si lo consideraba subsanado, procedería a remitirlo para aprobación.

En la letra c) de dicha cláusula se establecía “*Tanto el incumplimiento de la obligación de presentar el plan en el plazo previsto como la falta de subsanación o subsanación incorrecta a juicio del Coordinador, serán causa suficiente para la resolución del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el art. 211.1.d) de la LCSP*”.

El PSS, informado favorablemente por el coordinador, sería aprobado por el órgano de contratación en el plazo máximo de tres días hábiles desde su recepción en el Servicio de Contratación.

El segundo párrafo de la letra d) de la misma cláusula establecía “*En todo caso, deberá ser aprobado en el plazo máximo de VEINTE DÍAS hábiles desde la formalización del contrato, y con anterioridad a la formalización del Acta de Comprobación del replanteo*”.

La cláusula 15.7 disponía que la ejecución del contrato comenzaría con el acta de comprobación del replanteo, a extender en el plazo de un mes a contar desde su formalización, procediendo la dirección técnica, en presencia del contratista, a comprobar el replanteo hecho previamente a la licitación, levantándose acta que sería firmada por ambas partes.

TERCERO.- El 2 de diciembre de 2022, la directora de obra emitió un informe que elevó al teniente de alcalde delegado de infraestructuras, contratación y fomento. Ponía de manifiesto la ausencia de informe favorable del PSS, debido a la acumulación de tareas de la Coordinadora de Seguridad y Salud, lo que, a la vista de que la siguiente semana sólo contaba con dos días hábiles, hacía inviable cumplir con los plazos establecidos.

Ante esta circunstancia, a la vista del artículo 237 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), decidió elevar a la JG una propuesta de acuerdo, adoptado por unanimidad en su sesión del día 16 siguiente, por el que se suspendía el plazo para la comprobación del replanteo por las circunstancias excepcionales expuestas en el informe de la dirección de obra, cuya reanudación se produciría mediante un nuevo acuerdo del órgano de contratación, a la vista del informe de la dirección de obra enviado al Servicio de Contratación poniendo de manifiesto la desaparición de la causa motivadora de la suspensión.

En el acuerdo se consignaba lo siguiente “*Dicho informe será remitido al Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial para el levantamiento de la suspensión acordada por el órgano de contratación, en todo caso antes de la remisión para su aprobación del Plan de Seguridad y Salud*”. Y se añadía que “*El periodo transcurrido entre la fecha de suspensión y el levantamiento de la misma no computará a efectos del plazo de ejecución inicialmente previsto*”.

Mediante oficio de 19 de diciembre de 2022 se notificó a la empresa el anterior acuerdo que quedó expuesto en la sede electrónica del Ayuntamiento ese mismo día y hasta el 29 siguiente.

CUARTO.- El 12 de febrero de 2023 tuvo entrada en el registro un escrito de la empresa solicitando la resolución del contrato por incumplimiento de la Administración al no haberse extendido el “acta de replanteo” – queriendo referirse a la de comprobación del replanteo – que debía haberse efectuado el 18 de diciembre de 2022, considerando injustificada la demora, en cualquier caso, imputable a la Administración. Por ello, y en aplicación del artículo 245 LCSP solicitaba ser indemnizada con 21.526,36 euros, correspondientes al 2% del precio de adjudicación.

Un nuevo escrito de la empresa se presentó en el registro el día 22 de febrero de 2023. En él se exponía que era la respuesta a un requerimiento recibido el día 20 de febrero de 2023 sobre subsanaciones del PSS, debiendo darse por contestado el requerimiento con la solicitud presentada el 12 de febrero de 2023, de la que se adjuntaba una copia y se pedía su traslado “a los servicios que procedan”.

Mediante comunicación interior de 27 de febrero de 2023, el Servicio de Contratación dio traslado al Jefe del Servicio de Protección Civil de ambos escritos para que evacuara su informe.

QUINTO.- El 6 de marzo de 2023, el Jefe del Servicio de Protección Civil, contestó con la emisión de un informe

conjunto con el Jefe del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento (SEIS). Se pone de manifiesto en él que, a la vista del informe de la dirección de obra, del que adjuntaban copia, desde ambos servicios se remitió a la empresa por sede electrónica el 23 de diciembre de 2022 y por envío nº 1373205 recibido el 28 de diciembre de 2022, un requerimiento de subsanación de reparos al PSS y la presentación del Plan de Control de Calidad de la obra (PCC), a lo que la empresa contestó registrando en la sede electrónica ambos planes el mismo día. Nombrada una nueva coordinadora de seguridad y salud por decreto de 27 de enero de 2023, la directora de obra les transmitió el informe de dicha coordinadora apreciando deficiencias en el PSS presentado por la empresa, no subsanadas.

Desconociendo que la empresa hubiera solicitado el 12 de febrero de 2022 la resolución del contrato, el 20 de febrero de 2022 se remitió nuevo requerimiento a través de la sede electrónica del Ayuntamiento con número de envío 144119, recibido el día 22 de febrero de 2022 (se entiende que por error en las fechas se indican de 2022 cuando deben ser las mismas, pero de 2023).

A la vista del informe de la dirección de obra, de conformidad con el mismo, y dado que no se había conformado el PSS ni subsanado los reparos, estando suspendido en tiempo y forma el plazo de "inicio del replanteo" (sic) ambos servicios entienden que procedería tramitar la resolución del contrato por causa imputable a la empresa, con incautación de la garantía indicada en su cláusula séptima, iniciar el expediente de prohibición de contratar así como el procedimiento de adjudicación de nuevo contrato. Acompañaban el informe de la dirección de obra y copia de los requerimientos formulados a la empresa.

SEXTO.- El informe de la dirección de obra había sido evacuado el 3 de marzo de 2023 a petición del Jefe del Servicio de Protección Civil. Exponía la cronología de los hechos acaecidos desde la adjudicación del contrato, el 21 de octubre de 2022, hasta el 22 de febrero de 2023, en que se envió por la empresa la contestación al requerimiento de subsanación del PSS con la solicitud de resolución del contrato.

En la relación deja constancia de los contactos habidos entre el Ayuntamiento y la empresa, a través de distintos correos electrónicos, desde el primero de ellos, el 17 de noviembre de 2022, facilitando al técnico de la empresa la dirección de la coordinadora de seguridad y salud del Ayuntamiento, hasta el de 14 de febrero de 2023 solicitando el PSS subsanado.

El 18 de noviembre de 2022 se envió un email a la empresa demandando la presentación de toda la documentación indicada en el PCAP y en el contrato. La primera vez que la empresa remitió el PSS fue con correo del 21 de noviembre de 2022. El 1 de diciembre de 2022 se le demandó el envío del PCC.

A la vista del PSS aportado y las deficiencias que presentaba, la dirección de obra y responsable del contrato, solicita el día 2 de diciembre de 2022 la suspensión del plazo para la comprobación del replanteo, por ausencia de informe favorable, al no poder emitirse en el plazo previsto y ante la circunstancia de que la semana siguiente solo contaba con dos días hábiles, lo que hacía inviable evacuarlo en el plazo de 5 días previsto. El siguiente día 12, por email, se indicaron los aspectos a subsanar del PSS.

Suspendido ya el plazo el día 16 de diciembre, el siguiente día 23 se requirió formalmente a la empresa la subsanación de los defectos observados en el PSS, a lo que contestó la empresa remitiendo documentación el 28 de diciembre siguiente. En ella, se incluía el PSS subsanado, el PCC, y el programa de trabajo que se le había demandado con el correo del día 1 de diciembre. Tras un contacto telefónico el 10 de enero de 2023 la empresa remitió un nuevo PCC subsanado.

Designada nueva coordinadora de seguridad y salud del Ayuntamiento el 27 de enero de 2023, a ella se le remitió por correo del día 30 de enero, el proyecto y el PSS, que se decía, subsanado. Pero no era así, por lo que, mediante email de 3 de febrero de 2023, la nueva coordinadora adjuntó su informe con las deficiencias observadas.

Sin tener conocimiento de la petición de resolución presentada por la empresa, la coordinadora envió un nuevo email el 14 de febrero de 2023 en demanda de remisión del PSS subsanado. A ellos siguió su requerimiento formal del día 20 de febrero de 2023, a lo que la empresa contestó con la presentación de su escrito el 22 siguiente, adjuntando copia de su petición de resolución.

En el informe se advierte de que, aunque se había puesto el foco de atención en el PSS, documento

imprescindible para efectuar la comprobación del replanteo, a la empresa se le había demandado otra documentación exigida por el PCCAP y el contrato que no había presentado.

Terminaba el informe señalando que:

“La comprobación del replanteo no se ha podido realizar en el plazo de un mes, por motivos excepcionales y justificados, como ha sido en primer lugar la acumulación de trabajo de la CSS y posteriormente el nombramiento de una nueva CSS, unido a un PSS con deficiencias y con subsanaciones incorrectas, lo que ha llevado a no poder emitir a día de hoy un informe favorable para su posterior aprobación.

· Siendo la falta de subsanación o subsanación incorrecta causa suficiente para la resolución del contrato, tal y como se indica en el PCAP en el punto 15.6.c y de conformidad con el art. 211.1.d) LCSP.

· La suspensión del plazo para la comprobación del replanteo se ha realizado en tiempo y forma, dando traslado a la empresa adjudicataria.

· En cuanto a la documentación que debía haber entregado la empresa, no se ha aportado la siguiente documentación:

. Declaración responsable de haber realizado la evaluación de riesgos y planificación preventiva de la empresa, que tal y como indica el punto 15.4 PCAP y la cláusula quinta del contrato, se debe entregar una vez formalizado éste y previamente al inicio y ejecución de la actividad.

SE SOLICITA:

· Que se tramite la resolución de contrato por causa imputable al contratista, proponiendo así mismo a la incautación de la garantía indicada en la cláusula séptima del contrato.

· Iniciación de expediente de prohibición de contratar

· Iniciación de procedimiento para la adjudicación de nuevo contrato”

SÉPTIMO.- El 27 de junio de 2023, el Concejal Delegado de Movilidad, Gestión Económica y Contratación, elevó a la JG una propuesta de desestimación de la solicitud de resolución e indemnización presentada por la empresa al no concurrir la causa alegada, pues no existía demora injustificada en la comprobación del replanteo, proponiendo, a la vez, el inicio de procedimiento de resolución por incumplimiento culpable de la empresa de su obligación de presentar el PSS en el plazo previsto, y de no subsanarlo correctamente a juicio del coordinador de seguridad y salud, causa prevista en la cláusula 15.6 PCAP, de conformidad con el artículo 211.1,d) LCSP. Igualmente proponía, caso de resolverse el contrato, el inicio de procedimiento de apremio para ejecutar, en su caso, el importe correspondiente al 5% del precio de adjudicación (53.815,91 €), IVA excluido, “[...] (que es el importe equivalente al importe de la garantía definitiva constituida por su parte) de no abonarla en el plazo de pago

voluntario previsto en el artículo 40 de la Ordenanza General de Gestión, Recaudación e Inspección de Tributos locales [...].

Junto a otros aspectos relativos al procedimiento a seguir, proponía que se iniciara el procedimiento para la adjudicación de un nuevo contrato y el expediente de prohibición de contratar.

La JG aprobó el acuerdo en su sesión del día 30 de junio de 2023, notificado a la empresa el 17 de julio siguiente.

OCTAVO.- El 17 de julio de 2023 la empresa presentó un escrito de alegaciones oponiéndose a la resolución por culpa del contratista al no haber incumplido ninguna de sus obligaciones, negando haber causado daños o perjuicios, no procediendo la incoación de expediente para imponerle la prohibición de contratar, debiendo, en sentido contrario, acordar la resolución del contrato por concurrir la causa prevista en el artículo 245 a) LCSP, consistente en la demora injustificada en la comprobación del replanteo. Estimaba que, habiendo respondido las distintas peticiones que se le habían dirigido para rectificar el PSS, la última, formulada por la nueva coordinadora 18 días después del envío del PSS, no estaba justificada, sino que “[...] evidenciaba el absoluto caos y falta de coordinación por parte de la Administración”. Por ello, consideraba no justificada la demora, procediendo la resolución del contrato por culpa de la Administración, con abono de la indemnización equivalente al 2% del precio de adjudicación.

NOVENO.- Recibido el anterior escrito en el Servicio de Contratación lo trasladó a la Jefatura de Servicio de Protección Civil y a la Jefatura del SEIS recabando su informe.

DÉCIMO.- Por decreto de 2 de agosto de 2023 se nombró nueva directora de la obra.

UNDÉCIMO.- Con escrito de 18 de agosto de 2023, el Servicio de Contratación se dirigió al Jefe del Servicio de Protección Civil y al del SEIS reiterando la petición de informe sobre las alegaciones de la empresa.

DUODÉCIMO.- La directora de la obra remitió el 23 de agosto de 2023 al Jefe del Servicio de Protección Civil un informe técnico sobre las alegaciones, describiendo el proceso seguido para la evaluación del PSS desde que se formalizó el contrato, el 18 de noviembre de 2022.

El primer envío de la empresa se produjo el siguiente día 21, dentro del plazo de cinco días hábiles previsto. La coordinadora de seguridad y salud contestó el 12 de diciembre de 2022, pasados trece días hábiles, incumpliendo así el plazo establecido.

Ante la tardanza en contestar, debida a la acumulación de trabajo que tenía la coordinadora, y al proceso de asunción por la empresa IMCAPI, S.L., adjudicataria del contrato para realizar la coordinación de esta naturaleza de todas las obras contratadas por el Ayuntamiento, la directora entonces de la obra, a la vista de que se superase el plazo legal de un mes para el levantamiento del acta de comprobación del replanteo, solicitó la suspensión de dicho plazo, lo que se aceptó por acuerdo de la JG de 16 de diciembre de 2022, cinco días antes de que el plazo venciera.

La empresa no respondió a los requerimientos que se le hicieron sobre el PSS sino hasta el 28 de diciembre de 2022, tras once días hábiles, superando el plazo de dos días hábiles que tenía para hacerlo, incumpliendo así su obligación.

Por último, el 27 de enero de 2023 se produjo el cambio de coordinador, pasando a ser la empresa seleccionada, a través de una empleada suya, quien emitió un segundo informe de deficiencias del PSS el 3 de febrero siguiente. El mismo fue enviado veinticinco días hábiles después de recibir el PSS con las subsanaciones, superando ampliamente el plazo establecido en el PCAP.

Hecho este relato concluye que:

1º. Hay incumplimientos por ambas partes en cuanto a los plazos fijados para presentar el PSS e informar sobre su corrección. No obstante, la demora de la Administración está justificada por la situación excepcional vivida por el relevo en las tareas del coordinador de seguridad y salud.

2º. La suspensión del plazo para comprobación del replanteo se acordó por la JG el 13 de diciembre de 2022 (sic),

y el plazo concluía el 18 siguiente, por tanto, en tiempo y forma.

3º. A la fecha de emisión de su informe aún no se había dispuesto el levantamiento de la suspensión, al no contar con informe favorable del PSS.

4º. A tenor de la cláusula 15.6.c) PCAP, tanto el incumplimiento de la obligación de presentar el PSS en el plazo previsto, como la falta de subsanación o la subsanación incorrecta, a juicio del coordinador, son causas de resolución del contrato.

El informe fue remitido al Servicio de Contratación por el Jefe del Servicio de Protección Civil mediante comunicación interior de 28 de agosto de 2023.

Junto al informe figura copia del decreto de 27 de enero de 2023, designando nueva Coordinadora de Seguridad y Salud para la ejecución de las obras del contrato a la persona propuesta por IMACAPI, S.L. El decreto fue notificado a la empresa el 2 de febrero de 2023.

DECIMOTERCERO.- El Servicio de Contratación evacuó su informe el día 15 de septiembre de 2023.

Comienza señalando, a tenor del artículo 139 LCSP, la obligación de que las proposiciones de los interesados en una licitación se ajusten a los pliegos, suponiendo ello su aceptación incondicionada, y que los contratos se han de ejecutar con sujeción a sus cláusulas según el artículo 189 del mismo texto legal.

Reproduce el tenor de la cláusula 19 del PCAP, que, en su número 2 determina *“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 contratista, 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”*.

Con base en ello se refiere a que las previsiones de la cláusula 15.6 PCAP respecto al PSS, de presentar por el contratista, y su obligación de subsanar en los plazos allí establecidos los defectos que observe el Coordinador de Seguridad y Salud. Cuando resulten incumplidas, según su letra c) “[...] será causa suficiente de resolución del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el art. 211.1.d) de la LCSP”.

Como quiera que el PSS, según la letra d) de la misma cláusula, debía ser aprobado antes de la formalización del acta de comprobación del replanteo, para lo que el artículo 237 LCSP otorgaba un plazo de un mes, salvo casos excepcionales justificados, pasa a analizar las causas que lo impidieron, considerando suficientes las alegadas por la Administración, concretadas en la acumulación de tareas de las personas inicialmente designadas, posteriormente sustituidas por la designada por la empresa adjudicataria del contrato formalizado el 9 de diciembre de 2022 entre el Ayuntamiento e IMACAPI, S.L.

Esa causa motivó la suspensión del cómputo del plazo para la comprobación del replanteo, pero lo que realmente determinó la imposibilidad de efectuarla fue la no subsanación por la empresa de las deficiencias observadas en el PSS, teniendo la consideración de causa primera en el tiempo a tener en cuenta para la resolución del contrato a la luz del artículo 211.2 LCSP, pues la petición de resolución presentada por la empresa lo es respecto de la propuesta de resolución formulada por la Unidad promotora, pero no de la propia causa. Consta en el expediente que desde el 12 de diciembre de 2022 se venía requiriendo la subsanación de los defectos del PSS en sucesivas ocasiones (12 y 22 de diciembre de 2022, y 10 de enero, 3, 14 y 20 de febrero de 2023), sin que se hubieran subsanado a la fecha de emisión del informe.

Según el artículo 213.3 LCSP, la resolución por culpa del contratista lleva consigo la incautación de la garantía, debiendo, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados que excedan del importe de la garantía incautada. De ahí que, siendo este el caso, se propone la incautación de la garantía, si bien se hace referencia a la circunstancia de que la empresa optó por constituirla mediante retención en el precio, acogiéndose a la posibilidad prevista en la cláusula 13.4 PCAP. Lo anterior no obsta, según el informe, para que se ordene su incautación debiendo abonar la empresa un importe equivalente a la garantía definitiva (53.815,91 €) en el plazo voluntario que se determine o, en caso contrario, tal como expresamente autoriza el artículo 113.2 LCSP, seguir la vía de apremio para su exacción, hecho lo cual, se procedería a su incautación.

Continúa el informe indicando “Por otra parte, el Servicio de Protección Civil no ha podido determinar a fecha de su Informe la existencia de posibles daños o perjuicios que el incumplimiento del Contratista haya podido ocasionar a la Administración”.

El informe termina formulando su propuesta de:

- 1º. Desestimar la solicitud de resolución y de indemnización planteada por la empresa al no concurrir la causa alegada.
- 2º. Resolver el contrato por incumplimiento culpable de la empresa al no presentar el PSS en el plazo previsto y no subsanarlo o subsanarlo incorrectamente, de conformidad con la cláusula 15.6 PCAP, en aplicación del artículo 211.d) LCSP.
- 3º. En caso de acordarse la resolución iniciar procedimiento de apremio para ejecutar, en su caso, el importe equivalente a la garantía definitiva, correspondiente al 5% del precio de adjudicación del contrato (53.815,91 €) de no abonar la citada cantidad en el plazo de pago voluntario. Una vez que conste el ingreso se procederá a su incautación.
- 4º. Liberar, en su caso, el crédito correspondiente al contrato.
- 5º. Publicar la resolución del contrato en el perfil del contratante del Ayuntamiento de Murcia.
- 6º. Comunicar al Tribunal de Cuentas la resolución que se apruebe.
- 7º. Para el supuesto de que se acuerde la resolución iniciar el procedimiento para declarar la prohibición de contratar a la empresa.
- 8º. Notificar los acuerdos adoptados a la empresa con las advertencias legales correspondientes.
- 9º. Dar traslado de los acuerdos al Servicio de Protección Civil y al SEIS y al resto de Servicios y/o Áreas municipales que puedan verse afectados.

DECIMOCUARTO.- El 18 de septiembre de 2023 el Servicio Jurídico emitió su informe, en el que se aceptan y suscriben los razonamientos y consideraciones hechos por el Servicio de Contratación, siendo favorable a la propuesta de resolución por culpa del contratista al incumplir lo previsto en la cláusula 15.6 PCAP, de conformidad con el artículo 211.1 d) LCSP, el inicio del procedimiento de apremio para ejecutar, en su caso, el importe equivalente a la garantía definitiva, correspondiente al 5% del precio de adjudicación del contrato (53.815,91 €), de no abonar la misma en el plazo de pago voluntario, y desestimando la petición de resolución presentada por el contratista al no concurrir la causa invocada.

DECIMOQUINTO.- Por decreto de 21 de septiembre de 2023, del Concejal Delegado de Movilidad, Gestión Económica y Contratación, se dispuso solicitar el Dictamen de este Consejo Jurídico sobre la procedencia de la resolución del contrato por incumplimiento culpable de la empresa de su obligación de presentar el PSS en el plazo previsto y de no subsanarlo, o subsanarlo incorrectamente, a juicio del Coordinador de Seguridad y Salud, previsto en el cláusula 15.6 del PCAP, de conformidad con el artículo 211.1,d) de la LCSP, con incautación de la garantía definitiva, una vez depositado el importe equivalente, en periodo voluntario de pago o tras seguirse la vía de apremio, y no por la causa esgrimida por la empresa prevista en la letra a) del artículo 245 LCSP aducida por ella, así como su solicitud de indemnización, suspendiendo el plazo para la resolución del procedimiento en aplicación del artículo 22.1 d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), desde la efectiva petición del informe y remisión del expediente hasta que tenga lugar la recepción del mismo, comunicándose ambos extremos a la empresa.

DECIMOSEXTO.- En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico, acompañando 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 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, como luego veremos, 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, se han emitido los informes preceptivos y otorgado al interesado el obligado trámite de audiencia y vista del expediente, en el cual ha podido obtener copia de los documentos que estimase oportuno y ha alegado lo conveniente en defensa de sus intereses.

Sin embargo, hay dos observaciones que hacer:

1º. La primera, es que no se ha incorporado al expediente la acreditación de la realización efectiva de la notificación a la empresa del decreto que acuerda la suspensión del plazo para resolver. Ha de advertirse que, en caso de que no se hubiera practicado realmente, el efecto interruptor del cómputo no se habría producido, pudiendo generar la caducidad del procedimiento.

2º. La segunda, es para llamar la atención sobre la forma de proceder al formular la propuesta que se somete a Dictamen. Realmente, como tal, no existe en el expediente ese documento, identificándolo como aquél que conteniendo todos los pronunciamientos pretendidos, se eleva a la consideración del órgano competente para decidir, y respecto del cual, con carácter previo a su determinación, se solicita el juicio de este Órgano Consultivo.

El decreto de 21 de septiembre de 2023 (documento número 30) se dicta, con carácter principal, para ordenar la suspensión del cómputo del plazo para resolver. En él no figura textualmente la propuesta definitiva a elevar a la JG de adopción de acuerdo alguno. Puede entenderse que así lo será una vez recibido el presente Dictamen, pero en ese caso, si se redactara otro diferente, la propuesta sería posterior y no previa, como se exige para interpretar que el expediente esté completo (artículo 46.2 c) 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).

Esta omisión podría salvarse demandándolo al Ayuntamiento, pero ello supondría retrasar la decisión final en un asunto que, al parecer, a la Administración interesa concluir lo antes posible. Decimos esto porque, en el informe de 6 de marzo de 2023, del Servicio de Protección Civil, con la conformidad del SEIS, se hace referencia a la petición de la dirección de obra, del día 3 anterior, de que se iniciara un procedimiento de adjudicación de un nuevo contrato. No consta que así se haya hecho, pero tal hipótesis no debe descartarse y, de ser cierta, interesa actuar con prontitud para eliminar el efecto suspensivo que sobre su adjudicación podría estar produciendo (Artículo 213.6 LCSP).

También nos encontramos con una dificultad añadida. La parte dispositiva del decreto acoge sólo parcialmente

algunas de las propuestas que se han formulado a lo largo del expediente. Así, el Servicio de Protección Civil y el S.E.I.S. proponen junto a la resolución del contrato, el inicio de un procedimiento de contratación para celebrar un nuevo contrato. El Servicio de Contratación incluye todas las enumeradas en el Antecedente Decimotercero. El Servicio Jurídico, aunque expresamente dice que “*[...] se aceptan y suscriben los razonamientos y consideraciones del contenido del informe [...]*” del Servicio de Contratación, informa favorablemente la propuesta de resolución por culpa de la empresa y el inicio del procedimiento de apremio para ejecutar la garantía definitiva en caso de que su ingreso no se produzca en el plazo voluntario, debiendo incautarse posteriormente, así como sobre la desestimación de la petición de resolución presentada por la empresa, pero nada dice del inicio del procedimiento de adjudicación de nuevo contrato, ni del relativo a la declaración de la prohibición de contratar.

El decreto, en su disposición primera, se ciñe a que el Consejo Jurídico dictamine sobre la procedencia de la resolución del contrato por incumplimiento culpable de la empresa, con incautación de la garantía definitiva una vez depositado el importe equivalente, en período voluntario o por la vía de apremio, y no por la causa esgrimida por la empresa, ni a su derecho a ser indemnizada en el 2% del precio del contrato; y en el segundo, suspende el plazo de resolución del procedimiento.

Ante esto, entiende el Consejo que el alcance del Dictamen debe limitarse a lo que estrictamente señala el decreto, y ello porque éste es la manifestación de la voluntad del titular del órgano que ha de elevar su propuesta a la JG, con la que cabe presumir su coincidencia. Ahora bien, no es esta una forma plausible de actuar. En el futuro debería adoptarse el acuerdo de suspensión de cómputo del plazo para resolver como un acto singular, diferente de la propuesta que debe elevarse al órgano de contratación. Como ya indicamos en nuestro Dictamen 155/04, “*Por otra parte, debe apuntarse la innecesidad de que sea el órgano resolutor del procedimiento (aquí, el Consejero) el que acuerde la suspensión del plazo para notificar la resolución final, pues se trata de un acto de trámite que puede y debe ser realizado por el instructor del procedimiento, tras constatar la existencia de la solicitud del Dictamen a este Consejo Jurídico por quien tenga competencia para el lo*”

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, 30 de junio de 2023, 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 LPAC, iniciado por acuerdo de 30 de junio de 2023, se está en plazo para resolver dentro del legalmente establecido, teniendo en cuenta lo indicado en el apartado II anterior.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

I. Se somete a la consideración de este Consejo la posibilidad de resolver el contrato por diferentes causas, alegadas, unas por la empresa, y otras por la propia Administración. Es decir, estando de acuerdo ambas partes en resolver el contrato, discrepan respecto de las que lo justifican y, por ende, de los efectos que ello puede provocar, siendo esta la razón de nuestra intervención. Se entiende que existe oposición del contratista pues, de no ser así, no procedería la emisión del Dictamen.

Sobre el alcance de la oposición del contratista, ya nos pronunciamos en nuestro Dictamen 69/99 en el que decíamos “*Planteadas así las actuaciones, es claro que existen dos pretensiones que dan lugar a dos procedimientos: uno promovido por la Administración y otro por el contratista. De la conjunción de los mismos se desprende que existe oposición del contratista, no ya a la resolución del contrato (en lo que ambos coinciden) sino sobre las consecuencias o efectos de la misma, que dependen de la determinación del sujeto responsable de la resolución, verdadero objeto de la discrepancia.*

Esta discrepancia en los efectos de la resolución contractual es, a juicio de este Consejo Jurídico, motivo suficiente para entender aplicable el artículo 12.7 LCJ, que establece que este Órgano ha de ser consultado en los casos de resolución de contratos administrativos “cuando se formule oposición por parte del contratista”, sin especificar que tal oposición deba ser necesariamente a la resolución contractual y no a sus efectos. Por otra

parte, tal conclusión es coherente con la finalidad que anima la intervención preceptiva del Consejo, que es la de controlar la legalidad del ejercicio de la potestad administrativa de resolución unilateral de estos contratos y de determinación de los efectos de la misma, fiscalización que la ley ha entendido necesaria dadas las negativas consecuencias que puede tener para el patrimonio del contratista, cuando es la Administración la que insta de oficio tal resolución (así se desprende del hecho de que el contratista pueda formular "oposición" a la misma)".

Lo cierto es que la razón alegada por la empresa, la demora en la comprobación del replanteo sin causa que la justificase (artículo 245, a) LCSP), ya fue objeto de contestación por el Ayuntamiento al responder a la solicitud presentada por ella el 12 de febrero de 2023, reiterada el siguiente día 22. La JG acordó su desestimación el día 30 de junio de 2023, al considerar que no hubo demora '*injustificada*' en la comprobación del replanteo como exige el precepto, ni por tanto procedía acceder a su solicitud de indemnización del 2% del precio de adjudicación, I.V.A. excluido, que había cuantificado en 21.526,36.- €. Sobre ello volveremos más adelante.

II. Ahora debemos hacer una consideración especial sobre la forma de resolver el procedimiento iniciado con la solicitud presentada por la empresa.

Se inició así un procedimiento diferente a este en el que se inserta el Dictamen, procedimiento que debía terminar normalmente con una resolución, por aplicación del artículo 84 LPAC. Tal acto debía ajustarse, en cuanto a su contenido, a lo exigido por el artículo 88.1 de la misma ley, dando solución a todas las cuestiones planteadas y, evitando agravar la situación en que se encontrara el interesado cuando lo inició, según el número 2 del mismo precepto. A ello debe unirse la exigencia de que, según el número 3, "*Las resoluciones contendrán la decisión, que será motivada en los casos a que se refiere el artículo 35. Expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno*".

No puede decirse que la Administración haya sido escrupulosamente respetuosa con tales mandatos. El hecho de que en el acuerdo de la JG de 30 de junio de 2023 se desestimara la solicitud y, a la vez, se dispusiera el inicio del presente procedimiento, implicó la mezcla de actos de naturaleza diversa, cuya fusión propicia errores en su emanación.

Decimos esto porque en el acuerdo tantas veces citado, su dispositivo primero da respuesta a la cuestión suscitada por la empresa, única del procedimiento, siendo una verdadera resolución. Es decir, se trata de un acto que le pone fin. Sin embargo, el dispositivo segundo es lo contrario, un acto de inicio de otro procedimiento.

Partiendo de lo dicho, nos encontramos con que el primero es un acto que pone fin, no solo al procedimiento, sino a la vía administrativa, según el artículo 191.4 LCSP, en tanto que el segundo no tiene esa naturaleza. Al primero le es exigible el cumplimiento de todos los requisitos de contenido del artículo 88 LCAP, y entre ellos, el de la indicación de los recursos que procedieran. No se ha hecho así, y tampoco consta en la notificación practicada, pero su transcendencia se mitiga a la luz de que, en el nuevo procedimiento que se inicia, la empresa puede hacer valer lo que a su derecho convenga. Esto es lo que ha ocurrido. En el escrito de alegaciones que presentó el 17 de julio de 2023 (Antecedente Octavo) expuso sus razones, coincidentes con las que habían amparado su petición inicial de resolución por culpa de la Administración.

Como decimos la forma de actuar no es la correcta. A pesar de la omisión de la indicación de los recursos procedentes contra la desestimación de la solicitud, la empresa pudo hacer uso de su derecho de interponer un recurso contencioso-administrativo, pero no lo hizo, optando por actuar como si hubiera presentado un recurso de reposición con el que obtener un segundo pronunciamiento, previo a la vía judicial, vía que le quedará nuevamente abierta al concluir el actual.

En lo sucesivo se recomienda al Ayuntamiento que, aun pudiendo adoptar los dos acuerdos, el de resolución de la solicitud de la empresa y el de inicio de un nuevo procedimiento, en unidad de acto, de hacerlo así, deberá dar cumplimiento en ambos casos a los requisitos que para cada uno de ellos exige la LPAC.

Junto con lo ya dicho, conviene actuar de esa manera también para eliminar la duda que pudiera plantearse sobre si la resolución habría infringido el principio de congruencia, puesto que, ante la solicitud de resolución por culpa de la Administración, ésta contesta con la apertura de un procedimiento de oficio para resolver el contrato por culpa del contratista, agravando su situación inicial, pudiendo constituir, por tanto, un caso de *reformatio in peius*.

No es así. El cambio de procedimiento se ha comunicado a la empresa, y ésta ha podido formular alegaciones dentro de él. Como señala la STSJ de Andalucía, Málaga, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3^a, en su sentencia número 2849/2018, de 10 de diciembre (2019\137462), en un caso en el que se había producido un cambio en el acuerdo de inicio del procedimiento que agravaba la situación del interesado “*La proscripción del fenómeno de la reforma en desfavor del administrado en nuestro ámbito administrativo se circunscribe a los supuestos de resoluciones dictadas en el marco de procedimientos iniciados a instancia del interesado, que no podrán agravar la situación de este, sin perjuicio de la facultad de iniciar un nuevo procedimiento de oficio tal y como recoge el art. 88.2 de LPAC (RCL 2015, 1477) (antiguo art. 89.2 de LRJAP y PAC); o en otro caso a la prohibición genérica de resolver un recurso administrativo de manera más perjudicial para el recurrente, supuesto que se explica en el art. 119.3 de LPAC (antes 113.3 de LRJAP y PAC)*

El problema surgiría si la mutación del objeto del procedimiento en detrimento del administrado se produce de manera subrepticia, sin conocimiento del interesado, generándole con ello una insalvable indefensión, pero este problema no se ha revelado en nuestro caso puesto que el acuerdo de modificación del acuerdo de inicio del expediente de reintegro fue oportunamente notificado al interesado que evacuó alegaciones por medio de escrito de fecha 22 de enero de 2016 y adjuntó los documentos que tuvo por conveniente junto con ese escrito y con posterioridad en fecha 27 de enero de 2016, por lo que ninguna indefensión generó la ampliación del ámbito objetivo del procedimiento de reintegro al que la Administración está autorizado en el ejercicio de sus competencias en materia de inspección y control de subvenciones”.

III. Volviendo sobre la causa alegada por la empresa para resolver el contrato por culpa de la Administración, solicitando ser indemnizada, sobre la que ya se ha pronunciado el Ayuntamiento en el otro procedimiento, pero que vuelve a ser alegada en el presente, y por lo que el decreto de petición del presente Dictamen solicita el parecer de este Órgano Consultivo, debemos indicar nuestra coincidencia con el Ayuntamiento en que tal causa no concurre.

Es cierto que, como indica el informe de la dirección de obra de 23 de agosto de 2023 (Antecedente Duodécimo) existieron incumplimientos de plazos por ambas partes, pero las demoras en que incurrió la Administración se entienden justificadas por la sobrecarga de trabajo que tenían las personas designadas para el ejercicio de las funciones de coordinador de seguridad y salud, situación que no se pudo superar hasta la celebración y puesta en ejecución de un contrato con la empresa IMACAPI, S.L.

Siendo consciente el Ayuntamiento de la imposibilidad de cumplir el plazo fijado en el PCAP para la comprobación del replanteo ante la falta de aprobación del PSS, la JG acordó el 16 de diciembre de 2022, la suspensión del cómputo, accediendo a la solicitud de la dirección de obra, del día 2 anterior, según la cual “esta solicitud viene motivada por la ausencia de informe favorable del Plan de Seguridad y Salud a fecha de 2 de diciembre, el cual no se ha podido emitir en el plazo establecido de cinco días debido a la acumulación de tareas de la Coordinadora de Seguridad y Salud. Teniendo en cuenta que la próxima semana tiene dos días inhábiles, se hace inviable cumplir con los plazos legalmente establecidos”. Ha quedado acreditada en el expediente la certeza del hecho que amparó esta decisión, así como que, tras reiterados contactos con la empresa, ésta no presentó el PSS totalmente subsanado, impidiendo su aprobación, siendo como era requisito para poder efectuar la comprobación del replanteo según la cláusula 15.6 PCAP.

El Ayuntamiento ha perseguido en todo momento la satisfacción del interés público alcanzable con la ejecución del contrato. Demostró que actuaba en uso de sus facultades, poniendo en conocimiento de la empresa los defectos que encontró en el PSS remitido, mediante un contacto fluido con ella como demuestra el expediente (Antecedente Quinto) con el informe de 6 de marzo de 2023 y la documentación que le acompañó, entre la que se encuentra un cronograma de las actuaciones (página 93 del fichero electrónico remitido) y copia de las comunicaciones habidas entre él y la empresa.

La presentación inicial del PSS por la empresa, tras la formalización del contrato el 18 de noviembre de 2022, se produjo el día 21 siguiente, es decir, dos días hábiles después, dentro del plazo fijado en el PCAP. Sin embargo, la respuesta del Coordinador de Seguridad y Salud tuvo lugar el 12 de diciembre de 2022, a los trece días hábiles, es decir, superado el plazo previsto que era de cinco días. Pero tal demora estaba causada por el exceso de tareas que recayó sobre quienes debían ejercer sus funciones, hasta el punto de justificar la celebración del contrato con IMACAPI, S.L.

El Ayuntamiento no permaneció inactivo ante ese bloqueo sino que, siendo consciente la dirección de obra del retraso al no haber recibido el informe favorable del PSS – y otra documentación que también se le había requerido a la empresa –, con la evidente intención de favorecer el mantenimiento de la relación contractual formalizada y la consiguiente ejecución de la obra, adoptó el acuerdo de suspender el plazo de comprobación del replanteo, ampliando así la posibilidad de solventar el obstáculo que lo impedía, inconveniente nacido de un incorrecto proceder de la empresa al elaborar y enviar el PSS.

La conducta seguida por la Administración, suspendiendo el plazo de comprobación del replanteo “[...] por las circunstancias excepcionales expuestas en el informe de la Dirección de obra”, y no por otra causa, demuestra su intención de mantener el contrato, inscribiéndose así en la línea del principio “*favor contractus*”, guía de interpretación que inspira todo el ordenamiento jurídico.

Tal forma de actuar demuestra su respeto, no solo de la normativa reguladora del contrato sino, más aún, del principio de buena fe que ha de inspirar la relación contractual. Como dijo el Tribunal Constitucional en su sentencia número 27/ 1981, de 20 de julio (BOE de 13 de agosto de 1981), refiriéndose a la teoría de que nadie puede ir contra sus propios actos “*Lo esencial que hay que proteger es la confianza, ya que el no hacerlo es atacar a la buena fe que, ciertamente, se basa en la coherencia de comportamiento en las relaciones humanas y negociales*”.

El comportamiento de la empresa no demuestra la misma intensidad en el respeto de dicho principio. Requerida para subsanar los defectos del PSS no solo no lo hizo, sino que, ignorando la decisión de suspender el cómputo del plazo para comprobar el replanteo, reaccionó con la presentación de una solicitud de resolución del contrato por culpa de la Administración. La confianza en que actuaría como se le pedía se vio defraudada, sobre todo teniendo en cuenta los múltiples contactos habidos para superar el obstáculo que por su deficiente presentación del PSS, ella misma había generado. De haber presentado dicho documento correctamente hubiera podido ser informado favorablemente y, por tanto, procederse a la comprobación del replanteo, evitando la aparición de la causa de resolución invocada en su escrito. Hay que tener en cuenta, además, que la empresa no podía temer por que el plazo de ejecución fijado en el contrato se viera minorado por la incidencia habida puesto que conocía el acuerdo de la JG de 16 de diciembre de 2022, según el cual “*El periodo transcurrido entre la fecha de suspensión y el levantamiento de la misma no computará a efectos del plazo de ejecución inicialmente previsto*”.

La razón de tal comportamiento se puede atisbar por la entidad de los defectos de que adolecía el documento, debidos a su configuración más propia de un formulario, generalista, no ajustado a la obra concreta de que se trataba. Así lo puso de manifiesto el “Informe de deficiencias al Plan de Seguridad y Salud”, elaborado por la empresa IMACAPI, S.L., en marzo de 2023, (página 111 y 112 del fichero informático) en el que, entre otras observaciones se incluye una con el siguiente tenor: “*Debe revisarse el documento completo para concretarlo a la obra, y eliminar el aspecto generalista del mismo. Eliminándose reiteraciones y consideraciones poco precisas con este proyecto (ej. Se consideran riesgos y medidas (sic) colectivas que tiene que ver con edificios de más de un forjado o escaleras y ascensores; Se repiten riesgos porque se considera que la misma actividad realizada para la cimentación o para el forjado son actividades diferentes) solventando los reparos que mereció el PSS, incurriendo así en la causa de resolución del contrato prevista en el sin que posteriormente se dispusiera su reanudación*”

A la vista de todo lo dicho se concluye que concurre la causa de resolución prevista en la cláusula 15.6 del PCAP, incluida en uso del principio de libertad de pactos del artículo 34.1 LCSP, de acuerdo con lo establecido en el artículo 211.1 d) LCSP.

IV. En el caso de resolución por culpa del contratista prevé el artículo 213.3 LCSP que “*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*”.

El informe del Servicio de Contratación, con el que muestra su conformidad el Servicio Jurídico, se pronuncia del siguiente modo “[...] el inicio del procedimiento de apremio para ejecutar, en su caso, el importe equivalente a la garantía definitiva, correspondiente al 5% del precio de adjudicación del contrato (53.815,91.- €), I.V.A. excluido, de no abonar la citada cantidad en el plazo de pago voluntario previsto en el artículo 40 de la Ordenanza General de Gestión, Recaudación e Inspección de Tributos Locales, [...] a cuyo efecto será puesta a su disposición la correspondiente carta de pago. Una vez conste el abono de la citada cantidad, abonada en plazo voluntario por la

Contratista, bien recaudada mediante vía de apremio, se procederá a la incautación del importe correspondiente por el Servicio de Tesorería”.

También en el decreto de solicitud de Dictamen y suspensión del plazo para resolver, se pide el parecer de este Consejo sobre la procedencia de la resolución del contrato por incumplimiento culpable de la empresa de su obligación de presentar el PSS en el plazo previsto, y de no subsanarlo o subsanarlo incorrectamente, obligación prevista en la Cláusula 15.6 del PCAP, de conformidad con el artículo 211.1, d) de la LCSP, “[...] con incautación de la garantía definitiva, una vez sea depositado el importe equivalente, en periodo voluntario de pago o tras seguirse la vía de apremio [...]”.

La incautación de la garantía definitiva es uno de los efectos previstos para estos casos de incumplimiento culpable del contratista, que la perderá en todo caso, desarrollando por sí misma una función punitiva, desincentivando la inobservancia de lo pactado, y permitirá a la Administración verse resarcida de los daños y perjuicios que dicho incumplimiento ocasiona sin necesidad de demostrar su cuantificación, régimen propio de la anterior regulación contenida en el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y en el artículo 113.4 del texto refundido posterior, tal como señaló el Consejo de Estado en su Dictamen de 10 de marzo de 2016, sobre el Anteproyecto de LCSP.

Ahora bien, para que se pueda incautar la garantía definitiva es preciso que se haya constituido, y no es ese el caso. La cláusula 13.4 PCAP admitía la posibilidad de que, a solicitud del contratista, se constituyera mediante retención en el precio, deduciéndose del importe de la primera factura o certificación. Así se acordó según se constata con la lectura de la cláusula séptima del contrato, en la que se fija su importe en 53.815,91 €. Pero, obviamente, si la prestación no se ha iniciado y la empresa no ha percibido cantidad alguna, no ha podido deducirse del pago. No existiendo cantidad ingresada en la tesorería no es posible acordar su incautación. En un supuesto análogo así lo consideró el Consejo de Estado. En su Dictamen número 532/2021 diciendo “*En el presente expediente, la resolución del contrato lo es por causa imputable al contratista, pero no procede la incautación de la garantía definitiva, toda vez que la constitución de esta no ha sido requerida en el caso sometido a consulta por disposición del pliego de cláusulas administrativas particulares (según se infiere del Apartado 2.8 del Cuadro de Características obrante en el expediente); lo cual no obsta, como acertadamente ha puesto de manifiesto la Abogacía del Estado en su informe, para cumplir con la obligación de indemnizar a la Administración los daños y perjuicios occasionados*”.

No procediendo la incautación de la garantía definitiva, y sin que ello suponga la exclusión del deber de la empresa de indemnizar los daños y perjuicios que haya podido causar al Ayuntamiento, debe instruirse el procedimiento para su cuantificación, pues, nada hay en el expediente que así lo haga. Antes bien, existe una indicación de su falta de determinación. Nos referimos a que el en informe propuesta del Servicio de Contratación consta (Antecedente Decimotercero) la siguiente afirmación: ““*Por otra parte, el Servicio de Protección Civil no ha podido determinar a fecha de su Informe la existencia de posibles daños o perjuicios que el incumplimiento del Contratista haya podido occasionar a la Administración*”.

Este es un procedimiento autónomo, distinto de la liquidación del contrato, que no procede ante la inexistencia de prestación alguna de la empresa.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución del contrato de obras “Nuevas dependencias de protección civil y naves garaje-almacén del S.E.I.S. de Murcia” celebrado entre el Ayuntamiento de Murcia y Lorquimur, S.L., con un precio de 1.302.345,00.- €, por incumplimiento culpable del contratista.

SEGUNDA.- En el caso de que se estime resolver conforme a la anterior conclusión, procede tramitar expediente contradictorio a fin de determinar el montante de los daños y perjuicios causados a la Administración pública, en los términos del presente dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

