



Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia

#### ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 25 de octubre de 2005, el Ayuntamiento de Murcia y la mercantil "I. y O. S. A., S.L." (I. S.L.), formalizan un contrato administrativo de obras para la ejecución de las de "Cimentación del Pabellón Polideportivo en Zeneta (Murcia)".

El procedimiento de adjudicación es abierto y mediante subasta. La referida mercantil resulta adjudicataria del contrato, con un precio de 91.602,46 euros (el presupuesto base de licitación era de 111.710,32 euros).

El plazo máximo de ejecución se fija en dos meses, contados desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo.

Consta en el expediente de contratación un informe justificativo que, por su interés, se transcribe a continuación:

*"La Escuela Taller "Pabellón Polideportivo de Zeneta" tiene una duración de 2 años (iniciándose el proyecto el 22 de diciembre de 2005), en los que el objetivo es la ejecución de las obras de construcción de un pabellón polideportivo en la pedanía de Zeneta, por los alumnos trabajadores de las diferentes especialidades formativas del proyecto (albañilería general, soldador alicatador, fontanería, electricidad, cerrajería y carpintería de aluminio y carpintería de madera). Este proyecto está financiado por el Servicio Regional de Empleo y Formación con una subvención condicionada al cumplimiento del objetivo del proyecto en el tiempo establecido y que se reintegra al SEF íntegramente si no se cumple.*

*Los alumnos trabajadores a lo largo de los 6 primeros meses del proyecto reciben formación profesional ocupacional en los talleres correspondientes y, superada esta primera etapa formativa, son contratados por el Excmo. Ayuntamiento de Murcia (de manera que hasta que los alumnos trabajadores no son contratados no pueden trabajar en la obra).*

*Con objeto de poder finalizar el proyecto en el periodo de duración del mismo y sobre todo para que en el momento en que se formalizaran los contratos a los alumnos pudieran ejecutar sus trabajos en la obra todas las especialidades, se planificó la contratación mediante subasta de la ejecución del movimiento de tierras, la realización de cimientos y muros en la zona del pabellón y la realización de saneamiento en la zona de los vestuarios".*

**SEGUNDO.-** El acta de comprobación del replanteo se firma el 9 de enero de 2006.

El 15 de marzo siguiente tiene entrada en el Registro General del Ayuntamiento de Murcia una solicitud del contratista para ampliar el plazo de ejecución en 30 días. Afirma que, debido a las lluvias caídas durante los meses de enero y febrero y *"por las características del terreno donde han de llevarse a cabo las obras y dado que el concurso de camiones de gran tonelaje es indispensable para la ejecución de las mismas en las condiciones mínimas de seguridad"*, la fecha prevista para la finalización de las obras, el 9 de marzo de 2006, ha sido de imposible cumplimiento.

**TERCERO.-** El 12 de abril, la Directora de la Escuela Taller comunica a la Oficina Técnica de Arquitectura del Ayuntamiento la imposibilidad de ampliar el plazo, dado el compromiso adquirido frente al Servicio Regional de Empleo y Formación de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (SEF), de que la primera semana de abril de 2006 los alumnos trabajadores

de la Escuela Taller estarían trabajando en la obra. Asimismo indica que, atendidas las peculiaridades de tales alumnos, no puede haber trabajando ninguna otra empresa en la obra cuando la Escuela Taller inicie su actividad. Si se ampliara el plazo según lo solicitado por la contratista, se incumpliría la programación comprometida con el SEF, lo que generaría consecuencias económicas desfavorables para el proyecto de la Escuela. En cualquier caso, afirma que habiendo transcurrido ya la prórroga solicitada, las obras no sólo no están terminadas, sino que ni siquiera existe un "planning" *"por el que nos podamos orientar, coordinar y saber cuándo podrían concluir"*.

**CUARTO.-** El 17 de abril la empresa remite un nuevo escrito al Ayuntamiento para indicarle que, tras la solicitud anterior de prórroga hasta el 9 de abril, *"el posterior desarrollo de los trabajos han puesto de manifiesto la imposibilidad de cumplimiento de dicho plazo, puesto que éstos están supeditados a la ejecución por parte de la Escuela Taller de diversas unidades de obra desconocidas por nuestra parte, necesarias para la correcta ejecución del Proyecto, que la Dirección Facultativa ya conoce y que condicionan el ritmo de ejecución del resto de obra"*. Considera que, dada la incidencia en los trabajos de factores externos a la empresa, no puede precisar una fecha de terminación de las obras.

**QUINTO.-** Por Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento, de 10 de mayo de 2006, se desestima la solicitud de prórroga en el plazo de ejecución, con fundamento en el informe emitido por la Dirección de las obras, que manifiesta la imposibilidad de ampliar el plazo de ejecución, de acuerdo a su vez con el informe de la Directora de la Escuela Taller, estimando aquélla que el contratista ha tenido tiempo suficiente para la ejecución de los trabajos en el plazo establecido en su día.

El Acuerdo es notificado el 24 de mayo de 2006.

**SEXTO.-** El 31 de mayo de 2006 la empresa remite al Ayuntamiento un escrito en el que pone de manifiesto los siguientes hechos:

- La intervención, como ayudante de la Dirección Facultativa de la obra, de una persona que no cuenta con el nombramiento expreso del órgano de contratación.
- Ausencia de Libro de Órdenes y de la asistencia continuada y obligada de la verdadera Dirección Facultativa, que no ha efectuado por el medio adecuado orden alguna.
- La obra se ha ejecutado conforme a Proyecto, con las incidencias conocidas por la Dirección Facultativa.
- Ha habido modificaciones significativas en la obra, como el aumento en la altura de los muros de hormigón, sin que se haya aprobado formalmente dicha modificación, ni su precio, ni se hayan ajustado los plazos de ejecución.
- Ausencia de motivación en la desestimación de la solicitud de prórroga del plazo.
- Incumplimiento, por el Ayuntamiento, de su obligación de certificar mensualmente la obra ejecutada.
- Imposibilidad de acceder a la obra personal que no forme parte de la empresa contratista, conforme pone de manifiesto el Coordinador de Seguridad y Salud. Por ello, para poder permitir el acceso al personal de la Escuela Taller es necesario un Plan de Seguridad complementario, sin que se haya sometido a aprobación dicho documento.

En consecuencia, solicita:

- a) Que se paralice el acceso a la obra de personal ajeno a la contratista, por ser contrario a la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo.
- b) Que se dicten órdenes precisas con la formalidad adecuada, y el ajuste de los plazos a la realidad de lo que se ejecuta.
- c) Que se proceda a certificar mensualmente.

**SÉPTIMO.-** El 26 de junio de 2006, la Escuela Taller solicita al Servicio de Contratación,

Patrimonio y Suministros del Ayuntamiento que inicie el procedimiento de resolución contractual, remitiéndole los siguientes informes:

1. La Directora de la Escuela informa que el SEF concedió una subvención de 1.113.504,48 euros, destinada a gastos de formación, funcionamiento y salarios de los alumnos trabajadores. Como consecuencia del retraso en la entrega de las obras por parte de la contratista, es muy probable que el SEF paralice el proyecto, lo que supondría dejar a 60 personas sin trabajo y la pérdida de la subvención.

2. La Arquitecta Técnica de la Escuela Taller a la que la contratista se refiere como "*supuesta ayudante de la Dirección Facultativa*", emite informe con el visto bueno del Jefe de Sección de Empleo, para relatar las circunstancias en que se ha desarrollado la ejecución del contrato y las incidencias que la han jalonado. Este informe alcanza las siguientes conclusiones:

- La empresa no cumple los plazos parciales ni finales para la ejecución de los trabajos. No presenta "planning" parciales ni finales adecuados a la ejecución.+
  - Los operarios no disponen de la capacidad adecuada, ni aptitud profesional ni técnica para la realización de dichos trabajos.
  - No se aporta la documentación de seguridad requerida ni cumple sus obligaciones con la Seguridad Social.
  - Ausencia de planificación a la hora de realizar los trabajos. No utiliza los materiales especificados en el Pliego de Condiciones y cuando lo hace no los utiliza adecuadamente.
  - Los acabados que se han ejecutado en obra no son los requeridos en el Pliego de Condiciones del contrato.
  - Incumple las medidas de seguridad, así como la de facilitar la documentación necesaria para la comprobación de la aptitud de los trabajadores.
  - No colabora con el resto de empresas designadas.
  - Incumple el punto 16.10 del Pliego de Condiciones, por el cual debería dar toda clase de facilidades al resto de empresas que hubiera designado el Ayuntamiento para la realización de otros trabajos.
  - Se ha incumplido el punto 16.14 del Pliego de Condiciones, sobre la interrupción de las obras.
3. La misma Arquitecta Técnica relata las incidencias que, ya antes de comenzar la ejecución de la obra, incidieron en su retraso. Así, en informe de 1 de diciembre de 2005, pone de manifiesto las insuficiencias del Plan de Seguridad y Salud inicialmente presentado por la contratista en septiembre de 2005, los sucesivos requerimientos formulados desde el Ayuntamiento para que subsanara las deficiencias técnicas que presentaba, la omisión de medidas de cumplimiento de tales indicaciones, y cómo, finalmente, el 28 de noviembre de 2005, la contratista decide comenzar las obras de desbroce del terreno, sin haber sido aprobado el Plan y sin haber realizado, por tanto, el acta de replanteo.

**OCTAVO.-** El 29 de junio de 2006, el Arquitecto Municipal Director de las obras remite al Servicio de Contratación, Patrimonio y Suministros del Ayuntamiento un informe que relata las incidencias en la ejecución de las obras. Por su interés para resolver las cuestiones planteadas en el procedimiento resolutorio del contrato, se transcribe literalmente:

*"Las obras de referencia fueron contratadas con la empresa I Y O. S. A. S.L., el 25 de octubre de 2005 con un plazo de ejecución de DOS MESES y dieron comienzo el 9 de enero de 2006. El motivo de este retraso en iniciar las obras se debió al incumplimiento por parte del contratista en la entrega del Plan de Seguridad y Salud, que demoró hasta el 16 de diciembre pese a los continuos requerimientos escritos y verbales (la primera comunicación exigiéndolo se envió por fax el 21 de septiembre de 2005) realizados desde la Oficina Técnica de Arquitectura y la Escuela Taller Municipal.*

*Una vez iniciadas las obras, el ritmo de ejecución fue muy lento durante las primeras semanas,*

puesto que el contratista dispuso únicamente a dos operarios trabajando y muchos días no acudían, aduciendo que las lluvias y el barro les impedían el acceso a la obra. Se ordenó al contratista la disposición de más medios materiales y humanos y que extendiese grava en la entrada de la obra para garantizar el acceso, órdenes a las que hizo caso omiso. A esto se añadía que los trabajos que iba realizando eran incompletos o presentaban errores que los operarios tenían que rectificar, por lo que el ritmo de trabajo se ralentizaba todavía más. Estas circunstancias motivaron que el importe de las certificaciones de enero (n.º 1) y febrero (n.º 2) fuese respectivamente de 15.345,74 euros y 13.731,37 euros, es decir, que en el plazo que contaba para la total ejecución de las obras el contratista había realizado únicamente el 31,74%.

En el mes de febrero se ordenó al contratista que agilizase los trabajos disponiendo mayores y más cualificados medios materiales y humanos, dado que el plazo de ejecución estaba próximo a finalizar y la Escuela Taller Municipal necesitaba que las obras finalizasen lo antes posible de cara al inicio de sus programas de trabajo y cumplimiento de los compromisos adquiridos con el Servicio Regional de Empleo y Formación. La respuesta del contratista fue incorporar a la obra a un nuevo operario pero manteniendo la misma pobreza de medios materiales con lo que no se obtuvo agilización alguna.

Desde finales del mes de febrero se comenzaron a observar deficiencias en la calidad de ejecución de las obras, producto de la inexperiencia de los trabajadores (comentaron que eran albañiles no especializados en obras de cimentación) y la pobreza de medios dispuestos. Incluso algunas unidades de obra no se estaban realizando conforme a especificaciones de proyecto (encofrados de chapa metálica en vez de paneles fenólicos y hormigón de cimentación no SR como se prescribe en proyecto, realización de juntas de hormigonado incorrectas, encofrados y berengenos no alineados ni nivelados, etc.). Todo ello dio lugar a continuas rectificaciones de los trabajos que se realizaban y a que los acabados que no se podían rectificar presentasen una imagen muy pobre y deficiente.

El 15 de marzo de 2006 el contratista presentó escrito solicitando ampliación del plazo de ejecución de las obras en TREINTA DÍAS, solicitud que le fue desestimada dado que la Dirección Técnica de las obras estimaba que el plazo inicial había sido suficiente para ejecutar las obras y que el contratista no había presentado programa alternativo de finalización de las obras que justificase la demora. Además el aplazamiento no contaba con la conformidad del Servicio promotor de las obras, la Escuela Taller Municipal, por los perjuicios que causaba a este Ayuntamiento según informaron en X de la Escuela Taller.

En diversas reuniones mantenidas con el contratista, se le ordenó la finalización de las obras y fijó día concreto para ello, orden que nunca ha cumplido. Se comprometió a terminar el 10 de abril (antes de las fiestas de Pascua) y no lo cumplió. También se le ordenó la realización de las obras con procedimientos constructivos adecuados (Hormigonado por piezas completas, regado anterior y curado continuado del hormigón, juntas de hormigonado en ángulo 45°, encofrados alineados y nivelados, etc.) y tampoco lo ha cumplido, no se sabe si por incapacidad o por falta de voluntad.

En una última reunión tenida el 29 de mayo, se ordenó al contratista terminar el 2 de junio, fecha a la que verbalmente accedió, pero que no cumplió.

Finalmente el 31 de mayo de 2006 el contratista presentó un escrito en que solicitaba que no accediese a la obra personal que no perteneciese a su empresa, que se le permitiera la finalización de las obras reajustando los plazos a la realidad ejecutada y que se certificase mensualmente. Pretendía el contratista que una funcionaria interina de este Ayuntamiento adscrita a la Escuela Taller, D. M. A. B., Arquitecto Técnico, integrada desde el inicio de las obras en la Dirección tal como se le comunicó, no ejerciese sus labores de control y supervisión

de la ejecución (en contra también de las estipulaciones del pliego de Condiciones del contrato). Pretendía el contratista que se ampliase el plazo de ejecución cuando la demora es únicamente achacable a la carencia de medios que él ha dispuesto para la ejecución de las obras. Pretendía el contratista que se le certificasen obras que no cumplen las condiciones del proyecto.

El resultado de todo ello es que las obras están sin terminar pese a la necesidad de la Escuela Taller de que hubiesen terminado en plazo, que el contratista ha abandonado la obra sin comunicación a la dirección, que el contratista ha incumplido sistemáticamente las órdenes e instrucciones que se le han dado desde la dirección referentes a la correcta ejecución constructiva de las obras conforme a especificaciones de proyecto y que la parte de obra que ha realizado el contratista presenta un aspecto muy pobre y deficiente.

Lo que se informa para que a la vista de este cúmulo de incumplimientos de sus compromisos, obligaciones y estipulaciones de proyecto, se valore si el contrato de obras de referencia se encuentra en situación de rescisión y se obre en consecuencia, dados los perjuicios que está ocasionando a este Ayuntamiento por los informes que ha emitido la Escuela Taller Municipal".

**NOVENO.-** El 12 de julio de 2006, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Murcia acuerda iniciar el procedimiento de resolución, atendido el incumplimiento contractual y al amparo de las cláusulas 20 y 21 del Pliego de Condiciones Jurídicas y Económico-Administrativas, y del artículo 111 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP). El incumplimiento se califica como culpable y se propone la incautación de la garantía.

Asimismo se dispone que por el Arquitecto Municipal Director de las obras se proceda a la comprobación, medición y liquidación de las obras ejecutadas, fijando los saldos pertinentes. En el mismo acto, notificado el 17 de julio, se confiere trámite de audiencia a la contratista por plazo de 10 días.

**DÉCIMO.-** El 27 de julio, el Arquitecto Técnico Municipal integrado en la Dirección de obra, remite al Jefe de Servicio de Contratación, Patrimonio y Suministros una comunicación interior para informar que:

- Hasta ese momento se había certificado a la mercantil por importe de 61.470,28 euros, restando por ejecutar y certificar la cantidad de 30.132,18 euros.
- Dada la pésima ejecución de las unidades de obra realizadas, y ante la disyuntiva de demoler lo ejecutado o bien aceptarlo minusvalorando el precio de las unidades ejecutadas (pues no acarrea riesgo estructural, al ser los defectos de acabado y estéticos), se opta por esta última alternativa, de acuerdo con la empresa.
- Se ha utilizado un hormigón diferente al contemplado en proyecto.
- En consecuencia, "se fijan unas cantidades que engloban el resto de obra que queda pendiente de ejecutar, el importe de las unidades nuevas que hay que realizar para tapar la pésima terminación de los muros del futuro pabellón (que en proyecto eran de hormigón visto y a la vista de las fotografías adjuntas se puede apreciar que su aspecto defectuoso lo inutiliza para este fin), los gastos ocasionados a la Escuela Taller por el incumplimiento de los plazos de ejecución, minusvaloración por el empleo de hormigón no sulforesistente, protección betún para evitar humedades en el muro...". El total a reclamar por tales conceptos es de 25.727,63 euros. El informe se acompaña con medición de las unidades pendientes de ejecutar, informe valorado de los daños ocasionados a la Escuela Taller y fotografías de las obras.

**UNDÉCIMO.-** Con fecha 3 de agosto, la contratista presenta escrito de alegaciones en el que, tras reiterar las manifestaciones ya realizadas con ocasión de su escrito de fecha 31 de mayo (Antecedente Sexto de este Dictamen), afirma que la obra se encuentra ejecutada en un 80%, con una parte importante de obra no acreditada y ordenada de forma verbal por parte de "la

*aparejadora oficiosa*". Asimismo indica que:

- Existe un funcionamiento anormal del servicio cuando los técnicos directores informan, en 26 y 29 de junio, acerca del incumplimiento de los plazos, tres meses y quince días después de su vencimiento, y eso que dicha circunstancia ya había sido comunicada por la empresa.

Considera ésta que dicho proceder demuestra la falta de asistencia y control de la obra, no habiéndose dictado orden de obra alguna y no habiendo advertido la Dirección de la obra el retraso para prever sus consecuencias, como era su obligación.

- La resolución del contrato carece de motivación. "*Amén de las discrepancias entre la obra proyectada, la realmente ejecutada y la realmente ordenada*"; si la extinción pretende fundamentarse en el incumplimiento de los plazos, este hecho ya lo advierte la propia empresa el 15 de marzo y lo reitera el 17 de abril, mientras que la Administración sólo lo pone de manifiesto el 26 de junio.

- No procede liquidar las obras sin antes acreditar su realidad material y su ajuste al proyecto.

- El incumplimiento no es culpable.

- La empresa está sometida a una "*extremada indefensión jurídica*" por el no sometimiento de la Administración a la legalidad.

En su virtud, solicita: a) la no incoación de procedimiento resolutorio; b) aprobar las actas de precios contradictorios de las partidas ejecutadas y no acreditadas; c) el auxilio de la administración para impedir el acceso a la obra a personas no autorizadas; y d) la no incautación de la garantía.

**DUODÉCIMO.-** El 18 de agosto de 2006, el Arquitecto Municipal Director de las obras emite informe en el que reproduce en buena medida los términos del realizado el 29 de junio (Antecedente Octavo de este Dictamen). Añade ahora que el escrito de alegaciones de la contratista no aporta argumento nuevo ni justificación alguna a la demora y baja calidad en la ejecución de las obras. Insiste la contratista en sus descalificaciones a D. M. A., quien fue presentada a la mercantil como representante del Ayuntamiento, integrada en la Dirección, y que en ejercicio de sus funciones de vigilancia, era la persona que diariamente le controlaba, le advertía ante sus numerosos incumplimientos y le instaba a ejecutar las obras conforme a las especificaciones de proyecto y las normas de la buena construcción y de la seguridad.

Presenta la contratista como arbitrariedades las exigencias que se le han realizado desde la Dirección Técnica para realizar las obras conforme a proyecto y como discrecionalidades los acuerdos del Ayuntamiento para obligarle al cumplimiento del contrato y correcta ejecución del proyecto. Y en cuanto a la alusión a los precios de las nuevas unidades de obra (consecuencia éstas de la mala ejecución), se le fijaron en cuanto se conocieron las circunstancias, no habiéndose formalizado por su abandono de las obras.

En relación con la propuesta de liquidación de las obras, afirma que se realiza sobre la base de las obras de proyecto que se han ejecutado y están pendientes de certificar, las nuevas obras no incluidas en proyecto que resulta necesario realizar como resultado de la mala ejecución (reparaciones, rectificaciones y nuevos acabados) y los gastos extraordinarios ocasionados a la Escuela Taller según escrito aportado.

**DECIMOTERCERO.-** La Escuela Taller elabora informe detallado acerca de los gastos ocasionados por la demora en la ejecución de las obras y por su realización al margen de las características especificadas en proyecto, lo que motiva que sea la Escuela Taller la que lleve a efecto las actuaciones necesarias para poder aprovechar las unidades defectuosamente ejecutadas y poder continuar la construcción del pabellón.

Desglosa tales gastos en las siguientes partidas:

1. El muro del vestuario estaba desnivelado y no se podían colocar las viguetas: 344,3 euros.
2. En los vestuarios había hierros en "U" que impedían introducir las viguetas, por lo que hubo

que prepararlos: 1.360 euros.

3. El muro del vestuario estaba defectuoso y hubo que meter 10 viguetas más: 52,2 euros.

4. No se ejecutó el dibujo con berenjeno que tenía que llevar el muro del vestuario, por lo que hubo que hacerlo: 300 euros.

5. Devolución de materiales (10 camiones de zahorra) y pérdida de horas de trabajo de maquinaria alquilada, por impedir la entrada a la obra el 26 de mayo de 2006: 2.774,44 euros.

6. Préstamo de "bobcat" a la contratista para poder aplicar la capa de betún impermeabilizante en los muros: 62,28 euros.

**DECIMOCUARTO.-** El 16 de octubre, se levanta acta de comprobación, medición y liquidación de las obras, que es firmada por el Director y el Director Técnico de las obras, sin que conste la presencia ni la previa citación de la contratista a dicho acto.

De la liquidación resultan las siguientes cantidades:

- A favor del contratista: 3.981,39 euros.

- Nuevas obras (recubrimiento de muro con hormigón impreso y formación de berenjeno en unión de muro y viga perimetral), necesarias por deficiente ejecución de las previstas en proyecto: 21.097,65 euros

En consecuencia, el resultado de la liquidación es favorable al Ayuntamiento en la cantidad de 17.206,26 euros.

**DECIMOQUINTO.-** Con fecha 19 de octubre, se da traslado a la mercantil tanto del acta de liquidación como del informe de la Escuela Taller a que se refiere el Antecedente Decimotercero de este Dictamen, concediendo un plazo de 10 días para formular alegaciones.

**DECIMOSEXTO.-** El 30 de octubre la empresa formula alegaciones que reproducen sustancialmente los escritos presentados con anterioridad. En relación con la liquidación de las obras, considera que todas aquellas realizadas por decisión de la Escuela Taller han de correr a cargo de ésta; que no ha utilizado materiales ajenos a la empresa y muestra su oposición a la liquidación efectuada, pues considera que la obra ha sido ejecutada conforme a proyecto y con la ausencia de las correspondientes instrucciones de obra. Termina el escrito solicitando la anulación de la liquidación *"por ser contraria a derecho en la medida en que el contrato administrativo no se ha desarrollado con la normalidad oportuna"*.

**DECIMOSÉPTIMO.-** El 3 de noviembre de 2006, el Jefe de Servicio de Contratación, Patrimonio y Suministros del Ayuntamiento de Murcia, de conformidad con la Concejal-Delegada de Contratación, Patrimonio, Vivienda y Régimen Interior, propone a la Junta de Gobierno Municipal la resolución del contrato, al amparo de lo establecido en los artículos 95 y 96 TRLCAP y al incumplir los requisitos, condiciones y plazos establecidos en el Pliego de Condiciones base de la contratación y en el mismo contrato, con incautación de la garantía. Asimismo, informa de la procedencia de la vía de apremio para hacer efectivo el cobro de la cantidad que, tras la liquidación de las obras, la contratista adeuda al Ayuntamiento y propone que se acuerde dar traslado a la Junta Consultiva de Contratación a los efectos previstos en el artículo 33.2, letra b) TRLCAP.

En tal estado de tramitación y tras incorporar el preceptivo índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el pasado 17 de noviembre de 2006.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

En presencia de un procedimiento de resolución contractual al que se opone el contratista, la consulta está comprendida en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo

Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 59.3 TRLCAP, por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo.

**SEGUNDA.-** Cuestiones procedimentales.

a) De conformidad con el artículo 96.1 TRLCAP, si la Administración opta por la resolución del contrato como consecuencia del incumplimiento de su plazo de realización, el órgano de contratación la acordará sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, como es el caso, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.

El expediente acredita el cumplimiento del primer trámite, constituyendo la emisión de este Dictamen el segundo de los requisitos.

b) No consta que la contratista fuera citada al acto de comprobación y medición que sirvió de base para la liquidación de las obras, en clara vulneración de lo dispuesto en el artículo 151.1 TRLCAP, que no resulta subsanable por el posterior traslado y comunicación del acta resultante de dicho acto. En este sentido, el Tribunal Supremo tiene declarado que la Administración no puede unilateralmente y por sí proceder a efectuar la constatación, es decir, la comprobación y medición de las obras efectuadas sin la asistencia del contratista, pues de hacerlo supondría la indefensión de éste (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de abril de 1997).

Es doctrina consolidada de este Consejo Jurídico (Dictámenes 75/2000, 103/2003, 82/2005 y 165/2005), deudora de la del Consejo de Estado, que tanto la liquidación del contrato como la posible exigencia de indemnización de daños y perjuicios a la contratista, han de efectuarse conforme a un procedimiento que preceptivamente ha de incluir la audiencia de la concesionaria y del avalista, en su caso. Ello no obsta a la inclusión de dichas determinaciones dinerarias en la resolución que pone fin al procedimiento de extinción del contrato, pero para ello será necesario que durante la tramitación que conduce a dicha resolución, se haya garantizado la participación de los interesados respecto de aquellos extremos que fundamentan la liquidación y eventual exigencia de indemnización. Como se ha dicho, en el supuesto sometido a consulta, no puede considerarse cumplido dicho requisito, al no constar la asistencia de la contratista al acto de comprobación y medición en que se basa tanto la liquidación de las obras como la exigencia de daños y perjuicios, máxime cuando aquél exige que previamente a cualquier liquidación se *"haya procedido a acreditar la realidad material de las obras, así como su ajuste al proyecto"*, fin a que se dirige el referido acto.

En cualquier caso, la preceptiva citación de la contratista a la medición y comprobación de las obras se inserta en el procedimiento de liquidación del contrato y exigencia de responsabilidad, que puede configurarse como procedimiento diferente y posterior al de resolución contractual. Ello, a su vez, nos permite entrar a conocer sobre el fondo del asunto, si bien el Dictamen quedará limitado a la extinción contractual *stricto sensu*, sin efectuar consideración alguna acerca de una eventual indemnización a la Administración ni sobre liquidación de las obras, la cual sólo podrá efectuarla el Ayuntamiento una vez haya citado a la contratista a la medición y comprobación de aquéllas. En cualquier caso, como las discrepancias que puedan surgir entre contratista y Ayuntamiento con ocasión de dichas actuaciones son cuestiones puramente técnicas que integrarán un procedimiento diferente al de la resolución contractual, no será ya obligado el Dictamen de este Consejo Jurídico.

c) Carece el expediente del preceptivo extracto de secretaría, exigido por el artículo 46.2, letra b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril.

**TERCERA.-** De la relación entre Administración y contratista.

Antes de entrar en la determinación de si existen o no causas de resolución del contrato parece

oportuno realizar una consideración previa acerca de la relación y la comunicación entre las partes contratantes, pues ello permitirá despejar ciertas incógnitas necesarias para resolver la cuestión esencial que debe abordar este Dictamen.

Bueno será comenzar esta consideración con aquella doctrina jurisprudencial, ya clásica, según la cual *"la forma, por muy importante que sea, no constituye en sí misma un fin, sino que es un instrumento de control de la actividad administrativa establecido en previsión de que sean satisfechas las exigencias concretas de los objetivos que dicha actividad persigue en realización de los intereses colectivos que le está encomendada a la Administración actuante, y por ello, la consecuencia anulativa que por regla general puede derivarse del incumplimiento de las formalidades impuestas a la contratación administrativa debe evitarse en aquellos supuestos en que la infracción formal es meramente ritual por aparecer acreditada en el expediente, de manera notoria e incuestionable (como en el caso enjuiciado sucede), que la específica finalidad de la forma incumplida ha sido realmente satisfecha"* (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de enero de 1980, entre otras) .

La relación nacida de un contrato de obras se extiende en el tiempo, obligando a las partes a mantener una comunicación constante y fluida en aras al adecuado desarrollo de la prestación objeto del contrato y a la satisfacción del interés general a que aquélla se ordena.

Manifestaciones legales de esta relación dialogística son tanto las obligaciones que se establecen para ambas partes (dirección, inspección y supervisión constantes de la obra por parte de la Administración y obligado acatamiento por el contratista de las instrucciones que aquélla le dé en relación a la ejecución de las obras), como los instrumentos y formas que la propia normativa reguladora de los contratos prevé para encauzar y promover dicho diálogo (comunicación de órdenes por escrito, libro de órdenes y libro de incidencias, etc.).

Del análisis del expediente sometido a consulta, surge una primera apreciación cual es la ausencia de formalidades en la relación *inter partes*, de donde la contratista pretende extraer ciertas excusas de cumplimiento de las obligaciones contractuales por ella asumidas.

En efecto, en los diversos escritos y comunicaciones remitidos por la mercantil al Ayuntamiento (el primero que consta en el expediente es de 30 de mayo de 2006, aunque se reiterarán tales argumentos con ocasión del trámite de audiencia, una vez iniciado ya el procedimiento de resolución contractual) pone de manifiesto diversas irregularidades tales como la ausencia del preceptivo Libro de Órdenes y la actuación como Directora facultativa de quien no ha sido nombrada en forma, de donde concluye la empresa que la Administración ha hecho dejación de sus funciones de inspección y dirección de la obra.

Ambos hechos no son controvertidos en el expediente, pues ni consta la existencia del referido Libro, ni la ratificación por escrito de las órdenes verbales formuladas por la Dirección de obra, ni la comunicación a la contratista, también por escrito, de la designación de las personas que se integran como colaboradores en la Dirección Facultativa, vulnerando de esta forma diversas obligaciones formales impuestas por la normativa de contratos de la Administración.

Y es que, de conformidad con el artículo 143.1 TRLCAP las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas y al proyecto que sirve de base al contrato, y conforme a las instrucciones que, en interpretación técnica de éste, diere al contratista el director facultativo de las obras. Cuando dichas instrucciones fueren de carácter verbal, deberán ser ratificadas por escrito en el plazo más breve posible, para que sean vinculantes para las partes. La constancia de tales órdenes es lo que persigue el libro de órdenes, así como la de la recepción de éstas por parte del contratista, ya que está obligado a firmar el acuse de recibo de cada una de ellas (Cláusula 8 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 diciembre, en adelante PCAG). Ello convierte al referido documento en un

medio de prueba de primer orden.

Ahora bien, la inexistencia del libro de órdenes, con ser una evidente irregularidad, no impide que la Administración ejerza su labor de dirección e inspección de las obras, pues aunque la constancia en el libro de órdenes sea una condición para que adquieran fuerza vinculante las verbales, si el contratista las acepta y acata, obrando en consecuencia, no puede luego ampararse en el defecto de forma para afirmar que la Administración no ha desplegado la actividad de dirección, supervisión e inspección de las obras a que venía obligada, máxime cuando es la mercantil la que viene obligada por el pliego de condiciones jurídicas y económico-administrativas a entregar el libro al Director de la obra, "*en el plazo máximo de cinco días desde la formalización del acto de replanteo*" (cláusula 15.9). En cualquier caso, el desempeño efectivo de las labores de dirección y asistencia técnica a la obra cabe considerarlo acreditado, no sólo en atención a los informes de la Dirección Facultativa, sino a las propias manifestaciones de la contratista, la cual afirma haber aumentado la altura de los muros de hormigón como consecuencia de una orden de la Dirección Facultativa, si bien dicha orden se habría dictado "*sin la formalidad que dispone la legislación*" (folio 281 del expediente). Adviértase que toda la argumentación de la contratista parte de la constatación de una irregularidad formal, para extraer de ella una consecuencia material como es la ausencia de dirección de las obras.

A esa misma línea argumentativa responde la alegación sobre la actuación, como directora de las obras, de la Arquitecta Técnica de la Escuela Taller quien, según el contratista, no habría sido nombrada por el órgano de contratación. Indica el Director de las Obras que esta funcionaria fue presentada al contratista como representante del Ayuntamiento, comunicándole que quedaba integrada en la Dirección, siendo ella, de hecho, quien diariamente supervisaba la ejecución de las obras, como así se desprende del completo y detallado informe que obra en los folios 285 y ss. del expediente y del informe del Director Facultativo (folio 293 y 294). No obstante, de conformidad con la cláusula 4 PCAG, el Director Facultativo, cuya designación no ha sido puesta en duda por el contratista y que es el directamente responsable de la comprobación y vigilancia de la correcta realización de la obra contratada, para el desempeño de sus funciones podrá contar con colaboradores a sus órdenes, que integrarán la Dirección de la obra. El Director designado será comunicado al contratista por la Administración, y dicho Director procederá en igual forma respecto de su personal colaborador. En consecuencia, la funcionaria en cuestión no precisaba de nombramiento expreso por el órgano de contratación, sino que su elección corresponde al Director, quien debe así mismo comunicarlo al contratista, como afirma el Director de la obra que hizo y no niega el contratista.

Corolario de lo hasta aquí dicho es que si bien se aprecian ciertas irregularidades formales en la comunicación contratista-Administración, no cabe deducir de ellas, en contra del parecer de la mercantil adjudicataria, que la Administración haya hecho dejación de su obligación de continua supervisión y dirección de la obra, si bien no queda constancia de todas las concretas órdenes impartidas al contratista, por lo que su falta de acatamiento no podría ser considerada como causa de resolución contractual, al quedar muchas de aquéllas huérfanas de prueba.

**CUARTA.-** Sobre el incumplimiento del contrato por parte del contratista: existencia.

La expresa mención a los artículos 95 y 96 TRLCAP sitúa la causa de resolución invocada en el incumplimiento de los plazos de ejecución del contrato. En efecto, el artículo 95.1 dispone que el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para su realización, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución progresiva. El apartado 2 del mismo artículo, por su parte, señala que la constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración.

De conformidad con el contrato y el PCAP (Cláusula 14.2), el plazo de ejecución total de la

obra es de dos meses, a contar desde el día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo (artículo 142 TRLCAP); los plazos parciales serán los fijados para cada tipo de obra que componen el proyecto. Comoquiera que el acta de comprobación del replanteo se formalizó el 9 de enero de 2006, el plazo para la ejecución total del contrato feneció el pasado 9 de marzo de 2006, fecha en la que únicamente se había realizado el 31,74% de las obras proyectadas, según informa el Director Facultativo, en función de las certificaciones de obra correspondientes a los meses de enero y febrero. Esta afirmación no es combatida por el contratista, quien llega a manifestar de forma expresa que a 30 de octubre de 2006 la obra sólo se encuentra ejecutada en un 80%, lo que constituye un claro reconocimiento de incumplimiento del plazo.

Ahora bien, la incontrovertida y objetiva superación del plazo y los efectos que sobre la resolución del contrato haya de tener, deben ser considerados a la luz de las alegaciones del contratista que intentan justificar el retraso en la materialización de las obras. En efecto, según la mercantil, aquél se debió a las siguientes incidencias:

1. Las inclemencias meteorológicas y las lluvias producidas durante el mes de enero, que impidieron el acceso a las obras de camiones de gran tonelaje, cuyo concurso resultaba imprescindible (folio 210 del expediente). Como consecuencia de tal retraso, con fecha 15 de marzo de 2006, solicita una prórroga de 30 días, que será reiterada el 17 de abril siguiente, aunque ahora la solicitud tiene por objeto una prórroga indefinida motivada por la incidencia en las obras proyectadas de los trabajos de la Escuela Taller, que eran desconocidos por el contratista.

En primer lugar, si la mercantil considera que la demora no le es imputable, debe justificar suficientemente las causas de tal retraso, correspondiéndole a ella la carga de la prueba. En el supuesto sometido a consulta, no se prueba la existencia misma de las aludidas precipitaciones, ni mucho menos su intensidad, su duración, ni en qué medida afectaron al desarrollo de las obras, máxime cuando, según afirma la Dirección Facultativa, se le ofrecieron alternativas técnicas para evitar el retraso.

Del mismo modo, queda huérfana de prueba la alegación relativa a la incidencia en las obras proyectadas de las nuevas unidades que estaba realizando la Escuela Taller, influencia que, por otra parte, niega la Dirección Facultativa, para la que las actuaciones del referido servicio municipal venían impuestas por la defectuosa ejecución de las unidades realizadas por la mercantil. De hecho, según informe de la Arquitecta Técnica de la Escuela Taller (folio 286 del expediente), los trabajos de los alumnos comenzaron el 4 de abril de 2006, es decir, casi dos meses después de haber vencido el plazo de ejecución, por lo que difícilmente podían influir en el cumplimiento del mismo. Además, según parece, dichos trabajos debían haber sido realizados por la adjudicataria, siendo sin embargo asumidos y ejecutados por la Escuela Taller en un intento de adelantar la finalización de las obras contratadas para poder iniciar los trabajos que verdaderamente correspondían al proyecto formativo de los alumnos-trabajadores. Ha de considerarse, así mismo, la extemporaneidad de la inicial solicitud de prórroga, que no se presenta de forma inmediata tras producirse las lluvias (enero y febrero), sino cuando ya había vencido el plazo que se pretendía ampliar, en clara contradicción con lo dispuesto en el artículo 49.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Según éste, tanto la petición de los interesados como la decisión sobre la ampliación deberán producirse, en todo caso, antes del vencimiento del plazo de que se trate, siendo tajante, además, al indicar que *"en ningún caso, podrá ser objeto de ampliación un plazo ya vencido"*.

Dicho razonamiento cabe hacerlo extensivo a la segunda solicitud, formulada cuando ya habría vencido la hipotética primera ampliación del plazo, si es que aquélla se hubiera producido, pues

el acuerdo expreso de desestimación niega esa prórroga tácita. Sobre la posibilidad de ésta, si bien viene siendo aceptada por la jurisprudencia, atendido el interés general presente en la terminación de las obras contratadas, cuando se advierte que con dicha ampliación aquéllas pueden llegar a buen término, lo cierto es que el artículo 67.1 TRLCAP proscribía que pueda prorrogarse el contrato por consentimiento tácito de las partes, sin que se advierta en el supuesto sometido a consulta que con la concesión de las ampliaciones pedidas pudieran haber sido completadas las obras.

2. La segunda de las alegaciones formuladas por el contratista que puede incidir sobre el plazo de ejecución de las obras es la existencia de una modificación del contrato, realizada sin las formalidades exigidas por la normativa aplicable, que identifica con el incremento de la altura de los muros de hormigón, lo que debería haber conllevado un reajuste del plazo total de ejecución de las obras.

Una vez más, las afirmaciones de la mercantil no tienen el respaldo de una prueba que las confirme, constituyendo meras manifestaciones de parte. Ello no obstante, y al margen de las consecuencias que sobre la pretensión del contratista haya de tener la omisión de cualquier actividad probatoria, el expediente sí desvela un exceso de obra ejecutada respecto de la proyectada en la partida 2.3.1 (cimentación, muros y soleras de vestuarios), pues frente a los 12,480 metros cúbicos de hormigón en masa proyectados, se ejecutaron 13,420 (folio 406 del expediente), es decir, 0,94 metros cúbicos más, según la liquidación de las obras efectuada por la Dirección Facultativa. La escasa entidad de dicha diferencia y su nula incidencia sobre el plazo de ejecución de las obras resulta de la comprobación del precio unitario del metro cúbico de hormigón en masa (54,46 euros) y de la existencia de otras partidas similares, que muestran una obra ejecutada cuantitativamente inferior en decenas de metros cúbicos de hormigón a la contemplada en proyecto.

Constatado el vencimiento del plazo de ejecución de las obras sin haberse culminado éstas, y sin haber acreditado el contratista que las causas de tal incumplimiento no le son imputables, lo que hubiera posibilitado la concesión de la prórroga solicitada (artículo 96.2 TRLCAP), procede declarar el contrato incurso en la causa de resolución prevista en el artículo 95.3 del mismo Texto Refundido.

**QUINTA.-** Sobre la garantía.

Dispone el artículo 113.4 TRLCAP 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.

Como ya se ha dicho en la Consideración Cuarta, el retraso en la ejecución de las obras, culminado con el efectivo abandono de las mismas por parte de la contratista, resulta imputable a ésta, toda vez que no ha logrado -de hecho ni tan siquiera lo ha intentado- probar la incidencia de las circunstancias por ella puestas de manifiesto en el ritmo de la construcción. Conclusión obligada es, por tanto, declarar la existencia de un incumplimiento culpable del contratista, procediendo la incautación de la garantía prestada.

Respecto de la liquidación del contrato y la eventual indemnización de daños, debe actuarse conforme a lo indicado en la Consideración Segunda de este Dictamen.

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

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se informa favorablemente la resolución del contrato que pretende llevar a efecto el Ayuntamiento de Murcia, en los términos de la Consideración Cuarta de este Dictamen.

**SEGUNDA.-** Procede la incautación de la fianza, de conformidad con lo indicado en la

Consideración Quinta del Dictamen.

**TERCERA.-** Respecto de la liquidación del contrato y la eventual indemnización de daños, debe actuarse conforme a lo indicado en la Consideración Segunda de este Dictamen. No obstante, V.E. resolverá.

