



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 295/2017

(Sección 2ª)

La Laguna, a 6 de septiembre de 2017.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna en relación con la *Propuesta de resolución del procedimiento de resolución del contrato menor de implantación de nueva web municipal adjudicado a la entidad mercantil (...), mediante Decreto de la Teniente de Alcalde-Concejal Delegada de Presidencia y Planificación nº 593/2016 (EXP. 276/2017 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde de San Cristóbal de La Laguna, es la Propuesta de Resolución por la que se resuelve el contrato menor de implantación de nueva web municipal adjudicada a la entidad mercantil (...), mediante Decreto de la Teniente de Alcalde-Concejal Delegada de Presidencia y Planificación nº 593/2016.

2. La empresa contratista se ha opuesto a la resolución contractual. Esta oposición determina la preceptividad del Dictamen según los arts. 211.3, a) y 249.2, ambos de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en relación con el art. 11.1.D.d) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias. De este último precepto y del art. 12.3 de la misma Ley se desprende, respectivamente, la competencia del Consejo para emitir el Dictamen y la legitimación del Alcalde para solicitarlo.

3. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades de índole alguna que obsten un Dictamen sobre el fondo del asunto planteado.

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

II

1. Mediante Decreto de la Concejal Teniente de Alcalde de Presidencia y Planificación nº 593/2016, de fecha 5 de julio, se adjudicó mediante contrato menor un servicio de implantación de nueva web municipal a la entidad mercantil (...), por importe de 19.238,60 euros. Dicha resolución de adjudicación del contrato fue notificada a la empresa citada el día 12 de julio de 2017.

En el informe técnico de inicio del contrato, del Jefe de Servicio de Informática de fecha 7 de junio de 2016, se establece como plazo de ejecución del mismo cuatro meses, aunque en el presupuesto de la empresa obrante en el expediente se propone un plazo de cuatro meses y medio. En dicho informe técnico se eleva propuesta de adjudicación a favor de la entidad precitada, habiéndose valorado proposiciones de otras dos empresas.

El adjudicatario del servicio ha remitido correo electrónico de fecha 27 de marzo de 2017 en el que asegura la imposibilidad de terminar el proyecto a fecha de 1 de abril, proponiendo una alternativa para la ejecución final el día 7 de mayo.

Obra en el expediente informe jurídico del Servicio de Planificación, Organización, Calidad e Inspección de fecha 25 de abril de 2017 mediante el cual ante el incumplimiento del plazo de ejecución del proyecto contratado se eleva propuesta de incoación de expediente de resolución del contrato, que es asumida por la Teniente de Alcalde-Concejal Delegada de Presidencia y Planificación, que dicta el Decreto nº 580/2017 de fecha 3 de mayo mediante el que se acuerda asimismo otorgar trámite de audiencia al interesado.

2. Se presenta, en representación de la entidad (...), escrito de alegaciones de fecha 22 de mayo de 2017, en las que, en lo sustancial, se expone lo siguiente:

En el clausulado del Decreto de adjudicación del contrato menor no se establece ningún plazo de ejecución del contrato.

Ni siquiera consta (por no ser exigible formalmente) pliego de condiciones técnicas o administrativas que señalen cuál es el plazo real del contrato.

En el punto 3 de los antecedentes de hecho del Informe técnico se señala que el plazo se establece en el informe técnico de inicio del contrato del Jefe del Servicio de Informática de fecha 7 de junio de 2016 en cuatro meses, aunque la propuesta de la entidad es de cuatro meses y medio.

Lo cierto es que el citado informe técnico no puede constituir acto de inicio del contrato (ya que este se produce con el Decreto de adjudicación de fecha 5 de julio de 2016) ni sirve legalmente para establecer el plazo de ejecución del mismo, toda vez que, siendo de fecha 7 de junio de 2016, constituye un informe, en todo caso, preparatorio del expediente, pero anterior a la adjudicación del contrato.

Además, debemos distinguir entre plazo del contrato y plazo de ejecución del mismo. Es decir, no cabe hablar de plazo del contrato sin determinar cuál es la fecha de inicio de su ejecución, según se infiere del propio art. 231 TRLCSP, y que no tiene que coincidir necesariamente con la notificación de la adjudicación al contratista (12 de julio de 2016), sino con la fecha en que el contratista disponga por parte de la Administración contratante de las instrucciones y elementos necesarios para llevar a cabo los trabajos objeto del mismo.

En relación a lo anterior, podemos estimar que dichos presupuestos necesarios se producen con la primera reunión de inicio del proyecto donde se presentan los integrantes (tanto por parte de la Administración como del contratista). Reunión que tiene lugar el 1 de septiembre de 2016. Fecha cuya determinación, planificación y establecimiento se hizo adaptándose la entidad contratista a los requerimientos de la Administración y fecha que, en virtud de lo expuesto, puede estimarse como *dies a quo* o fecha de comienzo de la ejecución del contrato a efectos del cómputo del plazo.

En cuanto al plazo, y a falta de mención expresa en el clausulado del Decreto de adjudicación o en los pliegos de condiciones, ha de acudirse a lo establecido en art. 23 «Duración de los contratos» del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en cuyo apartado 3 se establece que los contratos menores de servicios (por remisión al art. 183.3 del mismo texto legal) tendrán una duración máxima de un año.

Subsidiariamente, cabe acudir al apartado 1 del art. 305 del citado Texto Refundido, referido a la ejecución y responsabilidad del contratista en los contratos de servicios, según el cual:

«El contrato se ejecutará con sujeción a lo establecido en su clausulado y en los pliegos, y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista el órgano de contratación».

Si nos atenemos a este último inciso del citado precepto, relativo a las instrucciones realizadas por el órgano de contratación, la única instrucción que se ha

recibido respecto a la fecha de finalización del contrato ha sido la de que tuviera como término el 1 de abril de 2017. Instrucción o propuesta que fue realizada mediante correo electrónico de 10 de marzo de 2017 enviado por (...), Jefe del Servicio de Planificación.

Como se reconoce en los propios antecedentes (punto 4 *in fine*), en respuesta a dicha instrucción, el contratista lo que hace es proponer una alternativa para la ejecución final de 7 de mayo de 2017. El hecho incuestionable de que es una propuesta alternativa y no una negativa a las instrucciones del órgano de contratación, se desprende claramente de que el contratista ha estado insistiendo sobre una respuesta a la misma y que la única contestación recibida ha sido que tal propuesta se ha trasladado a la Concejal responsable.

En definitiva, la propuesta del contratista se realiza de buena fe y teniendo en cuenta el clima de atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas. Clima que se producía hasta ese momento. Constituye además una propuesta que cumple el plazo máximo de un año que marca la Ley.

Con base a lo expuesto, no se aprecia por tanto ningún incumplimiento de plazo y, menos aún, un reconocimiento del mismo o que éste sea imputable al contratista y con la naturaleza de culpable.

Tampoco es exacto lo señalado en el punto 6 *in fine* de los fundamentos de derecho del Decreto objeto de alegación, al aludir que en el presente caso no existen trabajos efectivamente realizados conforme al contrato.

Lo cierto es que los trabajos efectivamente realizados por el contratista y con arreglo al contrato constituyen más del 80 por ciento del objeto del trabajo, esto es, la implantación de la web municipal.

En este sentido, cabe recalcar los siguientes aspectos:

Se ha realizado la parte más laboriosa y de mayor dificultad técnica que consiste precisamente en la preparación de lo que puede denominarse configuración del traspaso puente. Es decir, todo el proceso de importación que permite el traspaso de datos de la anterior plataforma o gestor (NIVARIA) a la actual. Trabajo que se ha llevado a cabo gracias a la participación en la empresa contratista de los mismos técnicos que configuraron la plataforma anterior.

Se ha llevado a cabo la parte esencial del diseño de la página. Aún a pesar de que a finales de diciembre (mediante email de 21 de diciembre de 2016) solicitan al

contratista que la estructura del Menú se ajuste a la que tiene la página web de La Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

A fecha actual se dispone de los siguientes trabajos descritos de forma sintética: ya existe todo el esqueleto de la página web creado con el diseño aplicado y las páginas principales creadas; ya existe la página de agenda creada. Queda a falta, esencialmente de contenido importado del gestor actual (para lo cual, el contratista depende del órgano de contratación y de que le facilite una copia de seguridad reciente del gestor actual), así como la finalización de las páginas y formularios de contacto.

La existencia y plena funcionalidad de los trabajos señalados y el porcentaje respecto al objeto total del contrato es perfectamente constatable y puede acreditarse por el contratista en el momento y lugar que lo precise el órgano de contratación. Para lo cual, queda a su entera disposición.

En cuanto a la demora como causa de resolución del contrato, el Decreto de incoación de resolución alude a una demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista como causa de resolución del contrato y con base a lo establecido en el art. 223.e) del TRLCSP.

Lo cierto es que la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de los Consejos Consultivos de las distintas comunidades autónomas, se han manifestado claramente en la necesidad de que ese «incumplimiento de plazos» - que en este caso ni siquiera se ha producido - debe reunir además un plus de gravedad de especial relevancia, además de que sea manifiesta la voluntad rebelde del contratista a su cumplimiento como elemento a añadir a la pasividad dolosa, culposa o negligente del contratista. Todo ello, para que pueda ser motivo que aboque necesariamente a la resolución del contrato.

Como corolario y resumen perfectamente descriptivo de dicha doctrina, cabe citar el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León 90/2004, de 10 de marzo, según el cual:

«Es reiterada jurisprudencia y doctrina del Consejo de Estado y de los Consejos Consultivos de que no basta cualquier incumplimiento del contrato para acordar la extinción anticipada del mismo, sino que es necesario que se trate de un incumplimiento del contrato grave, cualificado y de naturaleza sustancial, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia. Asimismo, tal y como ha mantenido el Tribunal Supremo (sentencias de 21 de junio de 1985 o 14 de diciembre de 2001) la resolución por

incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que sea patente “una voluntad rebelde a su cumplimiento, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista”».

El Consejo de Estado, al tratar el poder resolutorio de la Administración, ha mantenido, en su Dictamen nº 41.941, de 1 de marzo de 1979, que “la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obligue a estimarla aplicable tan sólo en los casos más graves de incumplimiento, pues resultaría notoriamente desproporcionada e injusto que cualquier incumplimiento, aún mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada medida”. Y en su Dictamen nº 42.000, de 22 de febrero de 1979, señala que “es justamente el principio de buena fe el que debe servir de guía capital para determinar la causa de resolución aplicable y las consecuencias económicas de la misma, partiendo de la realidad de las actuaciones y omisiones producidas”.

Y el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de marzo de 1987 manifiesta que existen razones suficientes para que las penalidades o resoluciones contractuales “sólo se adopten cuando están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la proporcionalidad entre el plazo pactado para la ejecución de la obra y el de la prórroga o prórrogas interesadas por los contratistas”, pues, como añade esta misma Sentencia, “lo peor para todos es una resolución del contrato y una vuelta a empezar en la selección de un nuevo contratista”.

Por consiguiente, la mera constatación del vencimiento del plazo contractual sin que el contratista haya cumplido satisfactoriamente sus obligaciones no determina, por sí misma e indefectiblemente, la resolución del contrato, pues habrá que ponderar, en atención a las circunstancias del caso, si el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifica la resolución y nueva apertura del procedimiento de selección de contratistas, o si, por el contrario, procede sólo, en su caso, la imposición de penalidades, no pudiendo caracterizarse este juicio de ponderación como el fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control.

A estas precisiones cabe añadir que la jurisprudencia afirma que no basta el simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones para decretar la resolución,

sino que además debe existir una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido.

La contratista estima injustificada por no ajustada a Derecho la incoación de la resolución del contrato, ya que ninguna de las circunstancias descritas se produce en el presente caso.

3. La Propuesta de Resolución decide resolver el contrato menor por entender que concurre como causa para ello el incumplimiento del plazo previsto de 18 semanas para la ejecución del contrato por causas imputables al contratista, aunque sin pronunciamiento expreso sobre eventual indemnización por daños y perjuicios.

Se basa para ello en que resulta indubitado que el contrato de servicio de implantación de una nueva web municipal no se ha cumplido por el contratista, por lo que su plazo de ejecución ha sido rebasado con creces. Considera que dicha demora es imputable al contratista como reconoce en su propio correo de fecha 27 de marzo de 2017 aludiendo a problemas con el diseñador, mala planificación de la dimensión del proyecto y la coincidencia con otros encargos, motivos todos ellos ajenos a la Corporación. Toda esas consideraciones conllevan finalmente a que el plazo de ejecución contractual de cuatro meses haya sido sobrepasado, y en esencia, se incumpla la obligación esencial objeto de contratación. En consecuencia, resulta de aplicación la resolución del contrato por demora en los plazos previstos en concurrencia con incumplimiento de su obligación esencial de ejecución del proyecto de implantación de nueva web municipal.

4. Se rebaten las alegaciones del contratista de la siguiente manera:

- Dice la empresa que en "la adjudicación del contrato menor no se establece ningún plazo de ejecución del contrato". Resulta cierto que en la literalidad del decreto de adjudicación no se hace referencia, ya que considerando la naturaleza del contrato menor, definido por la simplificación administrativa por razón de su importe, en el que sólo se exige la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente (art. 111.1 TRLCSP), no resulta preceptivo el establecimiento de una cláusula contractual de duración del mismo ya que se infiere de la propia oferta y presupuesto que realiza la empresa y que tal y como se ha señalado en el presente informe se establece en 18 semanas.

- Alega la empresa que la fecha *a quo* de comienzo del proyecto fue el pasado día 1 de septiembre de 2016 cuando se celebró una reunión entre representantes del

Ayuntamiento (no concretados) y la empresa. Considerando que en este tipo de contratos menores no se formalizan en documento administrativo en los términos que señala el art. 156.1 TRLCSP sino que sólo se estará a la aprobación del gasto e incorporación de factura (art. 111.1 TRLCSP), acto a partir del cual se considera que se perfecciona el contrato (art. 27.1 TRLCSP), se deduce que la fecha de inicio salvo que expresamente se difiera su inicio, es desde la fecha de notificación del contrato, momento a partir del cual la empresa que ha ofertado un servicio/suministro se convierte en adjudicatario del contrato. No consta igualmente que se haya formalizado ningún tipo de acta de suspensión del procedimiento, razón por la que se considera como fecha de inicio del proyecto el día de la notificación y es por lo que se concluye que la duración del contrato de 18 semanas ha sido ampliamente rebasada.

- Considera la empresa que la omisión expresa de plazo de duración del contrato hace que se aplique, de forma residual, el plazo de duración de un año que indica el art. 23 TRLCSP. En primer lugar hay que tener en cuenta que el contenido literal del artículo citado es que se indica una duración máxima de hasta un año, no siendo necesariamente de un año. Por otro lado, la premisa de la alegación de la empresa es errónea, ya que hay una previsión temporal de la duración del proyecto, establecida por la misma entidad, y que se señala en su oferta contractual: 18 semanas.

- Dice la empresa que no habido instrucciones por parte del Ayuntamiento salvo un correo de fecha 10 de marzo del corriente. Dado el carácter técnico del objeto del proyecto y que precisamente se externaliza el servicio, pocas instrucciones deben darse por parte del Ayuntamiento. No obstante, se produjo una reunión el día 8 de noviembre y se ha hecho un seguimiento del proyecto. Además del correo citado, se han producido reiterados correos (20 de diciembre, 10 de enero, 27 de enero, 7 de febrero, 10 de marzo) y llamadas telefónicas interesándose por la marcha de la ejecución del contrato, siendo en muchos casos no atendidas por la empresa.

- Comenta la empresa que "no se aprecia por tanto ningún incumplimiento de plazo y menos aún, un reconocimiento del mismo o que éste sea imputable al contratista y con la naturaleza de culpable". Siendo objetivo el incumplimiento de las fechas, además concurre en el presente caso un claro reconocimiento de culpa por la propia empresa en su correo de 27 de marzo de 2017 en el que asume el incumplimiento por varias razones: - error en la planificación inicial del contrato, - concurrencia de otras peticiones de otros clientes que se han priorizado en

detrimento del Ayuntamiento y - fallos en los trabajos de diseño más complejos de los previsto.

- Alega la empresa que se ha realizado un 80% del proyecto. Lo cierto es que aunque se ha solicitado varias veces, es la primera vez que la empresa muestra el trabajo realizado, una vez iniciado el expediente de resolución contractual.

- Alude la empresa a una serie de dictámenes de órganos consultivos y jurisprudencia sobre excepcionalidad de la medida resolutoria de un contrato, si bien de su lectura se concluye que debe evitarse por "simples retrasos". Por lo argumentado resulta evidente que no es un simple retraso, ya que a lo largo de los meses de julio de 2016 a abril de 2017 no ha habido ninguna muestra de trabajo por la empresa.

III

1. El presente procedimiento de resolución contractual fue iniciado mediante el Decreto nº 580/2017, de fecha 3 de mayo. Tal circunstancia motiva que el procedimiento de resolución contractual haya de considerarse caducado, al haber transcurrido el plazo de tres meses que para su resolución establece el art. 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

Sobre esta cuestión, como hemos recordado en el DCC 87/2017, es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo la de considerar aplicable el instituto de la caducidad a los procedimientos de resolución de los contratos administrativos. Señala así la STS de 22 de marzo de 2012, en la misma línea que las de 2 de octubre de 2007, 9 de septiembre de 2009 y 28 de junio de 2011, entre otras, que:

«(...) entre las prerrogativas que en materia de contratación pública poseen las distintas Administraciones se halla la de resolver los contratos determinando los efectos de esa decisión, y esa resolución la pueden acordar los órganos de contratación bien de oficio o a instancia del contratista, mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine, y añade la norma que los acuerdos que decidan la resolución pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos. De lo anterior deduce esta Sala que la resolución del contrato constituye un procedimiento autónomo y no un mero incidente de ejecución de un contrato, que tiene sustantividad propia, y que responde a un procedimiento reglamentariamente normado como disponía el art. 157 del Reglamento General de Contratación de 25 de noviembre de 1975, y como recoge ahora el art. 109 del Real Decreto

1098/2001, de 12 de octubre, Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

A ratificar lo anterior ha venido la doctrina sentada en la Sentencia del Pleno de esta Sala de 28 de febrero de 2007, que en su Fundamento de Derecho Cuarto señala que "Así, en el caso de autos, la petición de intereses deducida es una incidencia de la ejecución de un contrato de obras. No existe un procedimiento específico relativo a la ejecución del contrato de obras; sólo lo hay, en la relación de procedimientos existentes para las peticiones de clasificación de contratistas, modificación, cesión o resolución del contrato o peticiones de atribución de subcontratación".

Al haberse iniciado de oficio por el órgano de contratación competente el procedimiento de resolución del contrato, y atendiendo a la obligación de resolver y notificar su resolución que a las Administraciones Públicas impone el art. 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, la Administración hubo de resolver el procedimiento dentro de plazo, que al no estar establecido por su norma reguladora la Ley lo fija en tres meses en el artículo citado y el art. 44 de la Ley 30/1992, en la redacción que le dio la Ley 4/1999, en vigor cuando se inició el procedimiento, en su apartado 1 mantiene que "en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos" y en su número 2 dispone como efecto del vencimiento del plazo que "en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art. 92".

Como consecuencia de lo expuesto, en el caso examinado cuando la Administración dictó la resolución por la que resolvía definitivamente el contrato y procedía a la incautación de la garantía había transcurrido en exceso el plazo de tres meses de que disponía para hacerlo, de modo que en ese momento no podía acordar la resolución del contrato ni la incautación de la garantía, y lejos de ello lo que debió decidir fue la caducidad del expediente y el archivo de las actuaciones sin perjuicio de los efectos a que se refiere el art. 92.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común».

2. Pues bien, en el presente caso el procedimiento, como se ha indicado, fue iniciado el 3 de mayo de 2017, por lo que el plazo de tres meses se encuentra vencido: al estar considerado inhábil el mes de agosto, desde el 3 de septiembre de 2017.

Por consiguiente, ha de observarse que el procedimiento de resolución iniciado se encuentra incurso en causa de caducidad, al no haberse resuelto y notificado al

contratista en el plazo de tres meses desde su incoación, de acuerdo con lo previsto en el art. 25.1.b) en relación con el art. 21.3 LPACAP.

En definitiva, procede que se declare la caducidad del presente procedimiento de resolución del contrato, sin perjuicio de la procedencia de tramitar un nuevo procedimiento de resolución, debiendo incorporarse al mismo las actuaciones obrantes en el expediente remitido, y en el que, tras dar audiencia al contratista y a su avalista y redactar la correspondiente Propuesta de Resolución, se deberá recabar el preceptivo dictamen sobre la misma, con las cautelas precisas que impidan que transcurra el plazo máximo para resolver.

C O N C L U S I Ó N

Por las razones que se expresan en el Fundamento III de este Dictamen, no procede entrar a conocer el fondo del asunto, debiendo acordarse la caducidad del procedimiento y el inicio, en su caso, de nuevo procedimiento de resolución contractual y con realización de los trámites jurídicamente exigibles, con formulación de Propuesta de Resolución que deberá ser dictaminada preceptivamente por este Organismo.