



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 7 4 / 2 0 1 9

(Sección 2ª)

La Laguna, a 18 de julio de 2019.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Pájara en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de la obra denominada «Acondicionamiento de la calle Unamuno en Morro Jable» (EXP. 241/2019 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Pájara, es la Propuesta de Resolución mediante la que se resuelve el contrato de obra del «Acondicionamiento de la calle Unamuno en Morro Jable».

2. La legitimación para la solicitud de dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias en relación con el art. 211, de carácter básico, del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y con el art. 109.1.d), de carácter básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLAPC), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, Reglamento que sigue vigente en lo que no se oponga expresamente a la nueva ley.

En este caso el dictamen del Consejo Consultivo de Canarias es preceptivo al haber oposición del contratista.

En este sentido, es de recordar que, de acuerdo con la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en sus apartados primero y segundo:

* Ponente: Sra. de León Marrero.

«Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos». Y, «los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida la duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior».

Pues bien, habiéndose adjudicado el presente contrato de obra mediante Decreto 3467/2017, de 28 de diciembre, suscribiéndose el oportuno contrato el día 4 de enero de 2018, resulta de aplicación la normativa sustantiva vigente en ese momento (TRLCAP), sin perjuicio de la aplicación de la actual en aquellos aspectos procedimentales que le sean de aplicación (LCSP).

También es de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor.

3. No ha transcurrido el plazo máximo de ocho meses que, para instruir y resolver los procedimientos de resolución contractual, establece el art. 212.8 LCSP.

4. Este Consejo ya ha tenido oportunidad de analizar determinados aspectos formales de este procedimiento, concluyendo, en el DCC 171/2019, que la Propuesta de Resolución, que resolvía el contrato de Obras «Acondicionamiento de la calle Unamuno en Morro Jable», no se consideraba ajustada a derecho, ya que procedía la retroacción del procedimiento a fin de dar trámite de audiencia sobre los informes emitidos con posterioridad a las alegaciones de la empresa contratista.

5. Una vez dada audiencia al contratista, se ha dictado nueva Propuesta de Resolución, que es el objeto del presente dictamen, por lo que no existen obstáculos formales que impidan la emisión del parecer de este Consejo sobre el fondo de la cuestión planteada.

En ese sentido, el hecho de no atender la solicitud del contratista de designar un técnico independiente para comprobar lo que manifiesta, no ha de considerarse como una deficiencia que produzca indefensión, pues según el art. 67 LPACAP, el reclamante deberá concretar los medios de que pretenda valerse, precepto que puesto en relación con el art. 77 LPACAP y 336 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la que se remite éste, supone que son las partes las que deben aportar los informes periciales de los que se quieran valer en defensa de sus intereses.

En el presente caso, no se aporta informe técnico por parte del contratista, se solicita técnico independiente en el trámite de audiencia, y obran en el expediente informes de técnicos municipales que abordan el objeto sobre el que se solicita que informe un técnico independiente, extremos que, como se ha dicho, ponen de manifiesto la inexistencia de indefensión toda vez que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, «(...) los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de garantías. La indefensión es así un concepto material que no surge de la misma omisión de cualquier trámite. De la omisión procedimental ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, de prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses» (STS de 11 de noviembre de 2003).

Es claro que, en el caso que nos ocupa, no ha existido ninguna limitación de los medios de defensa que haya podido producir indefensión al contratista, pues tuvo oportunidad de aportar informe pericial y no lo hizo.

II

Los antecedentes relevantes del presente procedimiento de resolución contractual son los siguientes:

- Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 5 de junio de 2017 se aprobó el proyecto técnico denominado «Acondicionamiento de la calle Unamuno en Morro Jable».

- Por Resolución de la Alcaldía Presidencia n.º 2433/2017, de 5 de septiembre, se aprueba el expediente para la contratación de la mencionada obra.

- Mediante Decreto de la Alcaldía 3387/2017, de 19 de diciembre, se resuelve clasificar como oferta económicamente más ventajosa para la contratación de la obra de referencia, la oferta presentada por la mercantil (...) a la que, tras la presentación de toda la documentación requerida, se le adjudicó el mencionado contrato de obra mediante Decreto 3467/2017, de 28 de diciembre, suscribiéndose el oportuno contrato el día 4 de enero de 2018.

- Con fecha 2 de febrero de 2018 tuvo lugar la firma del Acta de comprobación de replanteo e inicio de obra.

- Por el Director facultativo de la obra se emite informe, de fecha 30 de abril, poniendo de manifiesto diversos incumplimientos, por lo que tramitado el oportuno expediente, mediante Resolución de la Alcaldía n.º 1331/2018, de 4 de mayo, se resuelve imponer al contratista penalidades por importe de 1.574 euros, las cuales serán descontadas de la siguiente certificación de la obra que se aprueba y aprobar la ampliación del plazo de ejecución de la obra hasta el 2 de julio de 2018.

- Con fecha 30 de enero de 2019, se recibió en el departamento de Contratación nuevo informe del Director de obra sobre más incumplimientos por parte del contratista. Informe al que el técnico supervisor le ha dado el visto bueno, añadiendo además que la obra se encuentra abandonada desde julio de 2018.

- Mediante Decreto de la Alcaldía Presidencia n.º 582/2019, de 13 de febrero, se inició expediente de resolución contractual, concediéndole al contratista un plazo de diez días para que alegase lo que a su derecho conviniera.

- Por el contratista de la obra, con fecha 14 de febrero de 2019, se presentan alegaciones contra el Decreto de incoación de la resolución contractual.

- El Director de la Obra informa el 15 de marzo de 2019 las alegaciones del contratista.

- Asimismo, por el Arquitecto municipal se emite, el 22 de marzo de 2019, informe tanto sobre las alegaciones presentadas por el contratista, como sobre el informe del Director facultativo, concluyendo que procede la resolución contractual propuesta y la reclamación de daños y perjuicios.

- Dado nuevo trámite de audiencia -de acuerdo con nuestro dictamen anterior-, el contratista se opone a la resolución contractual remitiéndose a las diversas alegaciones presentadas, tanto en registro electrónico como mediante email, en las que da cuenta de la causa por la que ha sido imposible seguir con la mencionada obra, insistiendo en que no se podía llevar a cabo el muro existente en el proyecto, ya que en su opinión «se quedaba en el aire, generando peligro tanto para los trabajadores como los viandantes si no se ejecutase la realización de bataches de dicho muro o la reconstrucción del mismo, comprobando las cotas existentes, circunstancia por la que esta empresa no ha podido seguir con la mencionada obra, solicitando que un técnico independiente proceda a comprobar lo manifestado».

- El Informe-propuesta, con retención de la garantía definitiva prestada por la empresa adjudicataria, plantea elevar a definitiva la Resolución de contrato de obras «Acondicionamiento de la calle Unamuno en Morro Jable», suscrito con la sociedad

(...), por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales consistentes en la demora en la ejecución del contrato de obras, en virtud de lo dispuesto en el art. 223.d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

III

1. En nuestro Dictamen 263/2018, reiterando pareceres anteriores, manifestábamos:

«El Consejo de Estado ha establecido una consolidada doctrina favorable a considerar de aplicación prioritaria la causa de resolución que aparezca antes en el tiempo.

En su Dictamen 47.892, de 4 de julio de 1985, citado por la Propuesta de Resolución, se sostiene que “cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo”.

Así lo ha entendido también este Consejo Consultivo, que en su Dictamen 142/2012, de 13 de marzo, con cita de la doctrina legal constantemente reiterada por el Consejo de Estado, señaló que “la resolución de un contrato procede al surgir una causa a la cual la ley liga ese efecto, de modo que si posteriormente sobrevienen otras causas, estas son ya irrelevantes; que no puede alegarse como causa resolutoria una distinta y posterior para encubrir un incumplimiento anterior del contratista de las cláusulas contractuales atinentes al plazo; que si existe causa para la resolución contractual por culpa del contratista, esta causa es de aplicación necesaria”. Y que “también es doctrina legal del Consejo de Estado que la resolución de un contrato no puede basarse en más de una causa, especialmente cuando comporten efectos resolutorios de distinto alcance, por lo que una resolución contractual no se puede fundamentar simultáneamente en el incumplimiento de la empresa contratista y en la posterior suspensión de pagos de la misma, pues solo cabe fundarla en la primera dada su prioridad temporal”».

En consecuencia, es la concurrencia del incumplimiento del plazo de ejecución del contrato la causa de resolución que se analizará por este Consejo.

2. El art. 212 TRLCSP establece: «2. El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva. 3. La constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración. 4. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar, indistintamente, por

la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato. (...) 6. La Administración tendrá la misma facultad a que se refiere el párrafo anterior respecto al incumplimiento del contratista de los plazos parciales, cuando se hubiere previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total».

Por su parte, el art. 223 de aquel Texto dispone, entre las causas de resolución del contrato: «d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista».

Según la cláusula 9 del pliego de condiciones técnicas particulares, el plazo máximo de ejecución de las obras será de 3 meses, a contar desde la iniciación de las mismas, y de conformidad con lo establecido en el art. 213.2 del TRLCSP, dicho plazo de ejecución podrá prorrogarse cuando el contratista no pudiese cumplirlo por causas que no le sean imputables, siempre que las justifique debidamente.

La cláusula 29 del pliego dispone: «1) el contratista queda obligado al cumplimiento del plazo de ejecución del contrato en los términos previstos en la cláusula 9 del presente pliego. 2) si llegado el final de la obra, o el término de alguno de sus plazos parciales, el contratista hubiere incurrido en demora, por causa imputable al mismo, la Administración podrá optar indistintamente, por la resolución del contrato con pérdida de la garantía constituida o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato. 3) cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades. Esa misma facultad tendrá la Administración respecto al incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total. 3) la imposición de penalidad no excluye la indemnización a que pueda tener derecho la Administración por los daños y perjuicios ocasionados por el retraso imputable al contratista. 4) la constitución en mora del contratista no requerirá intimación previa por parte de la Administración. Y 5) si se produjera retraso en el cumplimiento de los plazos por causas no imputables al contratista, la Administración podrá a petición de éste o de oficio, conceder la

prórroga por un tiempo igual al tiempo perdido, salvo que el contratista solicite otro menor, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 213.2 del TRLCSP».

Según consta en los antecedentes, se adjudicaron las obras mediante Decreto 3.467/2017, de 28 de diciembre, suscribiéndose el oportuno contrato el día 4 de enero de 2018, teniendo lugar el 2 de febrero de 2018 la firma del Acta de comprobación de replanteo e inicio de obra, sin objeción alguna por parte del contratista.

El Director facultativo de la obra informa el 30 de abril de diversos incumplimientos, por lo que, con base en el Pliego, mediante Resolución de la Alcaldía n.º 1331/2018, de 4 de mayo, se resuelve imponer al contratista penalidades por importe de 1.574 euros, así como la ampliación del plazo de ejecución de la obra hasta el 2 de julio de 2018.

Con fecha 30 de enero de 2019, el Director de obra informa sobre más incumplimientos por parte del contratista, añadiendo además que la obra se encuentra abandonada prácticamente desde julio.

Por parte del Arquitecto municipal se informa que:

«Lo que se pudo observar en la obra fue demora en el inicio, una incorrecta y lenta ejecución de los trabajos una vez iniciados y falta de personal y de medios que acabaron con el abandono de la obra por parte del contratista».

Está acreditado, pues, que se ha superado ampliamente el plazo de ejecución del contrato de obras, que fueron abandonadas en julio de 2018.

3. Alega el contratista que existía un error en el proyecto, respecto al replanteo de la escalera, por lo que se llegó a un acuerdo con la dirección facultativa para que se llevase a cabo un nuevo replanteo por un topógrafo a cargo de la adjudicataria. Señala que el nuevo levantamiento pone de manifiesto la necesidad de llevar a cabo una modificación del proyecto inicialmente contratado, modificado al que la Dirección facultativa se ha negado y que conllevaría un aumento de unidades de obra y por tanto del precio del contrato, por lo que el retraso en la ejecución de la obra es imputable a la dirección facultativa que se ha negado a llevar a cabo la modificación del proyecto.

Sin embargo, constan en el expediente diversos informes técnicos que lo refutan. Así, el Director de obras informa que «nunca ha obligado al contratista a llevar a cabo la contratación de un topógrafo, ya que en todo caso, la contrata deberá de

disponer de los medios humanos y materiales necesarios para realizar la obra adjudicada, siendo su decisión cómo acometer las distintas unidades». También informa que «nunca ha aprobado propuesta alguna que varíe el proyecto inicialmente presentado, ya que éste es perfectamente ejecutable».

Según el Director de obra: «no existe ningún error en el proyecto de ejecución, encajando perfectamente la escalera proyectada en la parcela propiedad de Ayuntamiento». En prueba de dicha afirmación realiza en el propio informe una verificación técnica del proyecto que demuestra que la ejecución de la obra es viable.

Por el Arquitecto Municipal, técnico supervisor del proyecto, se informa, respecto a la contratación de un topógrafo, que: «el contratista debe aportar todos los medios auxiliares para la correcta ejecución de las obras, siendo el uso de estaciones topográficas lo habitual en obra civil. Obviamente, si el contratista no dispone de estos medios, habrá de contratarlos a su costa. Es algo usual en las obras de acondicionamiento de espacios públicos y viales. De hecho suele ser necesaria la presencia de topógrafos en los arranques de la mayor parte de las obras civiles, y hasta el momento ningún contratista nos ha reclamado por ello».

En cuanto a la necesidad de modificar el proyecto original: «quien decide si es necesario un modificado de proyecto es la Dirección de la obra. De los argumentos del contratista no se deduce que fuera necesaria una suspensión de la obra para la realización de un modificado de proyecto».

En definitiva, los informes técnicos que obran en el expediente, y que se reproducen en la Propuesta de Resolución, constatan la viabilidad del proyecto, sin que se aprecie la necesidad de la modificación pretendida por la empresa adjudicataria para la correcta realización de la obra, siendo imputable en exclusiva a ésta el incumplimiento de los plazos de ejecución del contrato.

En ese sentido, como bien razona la Propuesta de Resolución, por mandato legal, las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste dieron al contratista el Director facultativo de las obras, y en su caso, el responsable del contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia (art. 230 TRLCSP), no pudiendo el contratista abandonar la obras por supuestas discrepancias con el Director o por entender, en contra del criterio de éste, que hay necesidad de una modificación del contrato.

4. Por todo lo expuesto, debe concluirse tanto el incumplimiento contractual por parte de la contrata como su carácter culpable, por lo que resulta conforme a derecho la Propuesta de Resolución en cuanto a la resolución del contrato.

También resulta conforme a derecho la Propuesta de Resolución en relación a la procedencia de la incautación de la garantía y la incoación de los procedimientos que correspondan tendentes a determinar la responsabilidad que en concepto de daños y perjuicios se pudieran derivar a favor de la Administración, de acuerdo con el art. 225.3 y 4 TRLCSP para el caso de incumplimiento culpable del contratista.

Como afirmamos en el Dictamen 93/2018, de 7 de marzo, la fianza definitiva cumple una función mixta, como se deriva del art. 100 TRLCSP, donde se señala que la garantía responde de los siguientes conceptos:

a) las penalidades impuestas al contratista conforme al art. 212, que es, precisamente, el relativo a la ejecución defectuosa o demora.

b) daños y perjuicios.

Así, el art. 102 del referido texto legal establece, en relación con la devolución de la garantía, que no se devolverá hasta el vencimiento del plazo de garantía o hasta que se haya cumplido satisfactoriamente el contrato o hasta que se declare su resolución sin culpa del contratista, dando por supuesto, pues, que cuando media aquella culpa no procede la devolución de la fianza.

No obstante, si bien ha venido a entenderse que el alcance de la incautación de la fianza debe ser proporcionado a la gravedad del incumplimiento y a la exclusividad o concurrencia de culpas en el mismo, como ha señalado el Consejo de Estado en sus Dictámenes 113/2001, 201/2001 o 269/2005, entre otros, en el caso que nos ocupa no sólo se ha probado la culpa exclusiva del contratista y su absoluta falta de diligencia en el cumplimiento del contrato (abandonando las obras unilateralmente), sino que el plazo de cumplimiento resultaba esencial para el interés público en este contrato. La obra objeto del contrato estaba sujeta a una ejecución en el plazo previsto (que incluso se prorrogó a instancias del propio contratista), lo que resulta exigible objetivamente en base a las condiciones que rigieron en su día el procedimiento abierto, a las que se comprometió la empresa adjudicataria, primero con su proposición como licitadora, y luego como adjudicataria.

En todo caso, la determinación de los daños y perjuicios habrá de efectuarse en procedimiento contradictorio con audiencia del contratista, de acuerdo con lo previsto en el art. 113 RGLCAP.

C O N C L U S I Ó N

Se considera conforme a derecho la resolución del contrato administrativo para la ejecución de la obra «Acondicionamiento de la calle Unamuno en Morro Jable», adjudicada a la mercantil (...), al incumplir el plazo de ejecución, en virtud de lo dispuesto en el artículo 223, d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.