Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 6 5 / 2 0 1 9

(Sección 2ª)

La Laguna, a 10 de octubre de 2019.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Yaiza en relación con *la Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de la obra «PROYECTO DE ADECUACIÓN DE ZONAS VERDES EN PLAYA BLANCA, PARQUE ATLÁNTICO Y MODIFICADO» adjudicado a la empresa (...) (EXP. 351/2019 CA)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Yaiza, con entrada en este Consejo Consultivo el 26 de septiembre de 2019, es la Propuesta de Resolución, a la que se opone el contratista, del contrato de obra del «Proyecto de adecuación de zonas verdes en Playa Blanca, Parque Atlántico y Modificado».

2. La legitimación del Sr. Alcalde para la solicitud de dictamen, se deriva del art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC). El presente dictamen tiene carácter preceptivo, de conformidad con los arts. 11.1D) c) y d) LCCC.

3. En cuanto a la normativa aplicable, es de resaltar que el expediente de contratación del «Proyecto de adecuación de zonas verdes en Playa Blanca, Parque Atlántico y Modificado» se inicia el 21 de febrero de 2018 y la convocatoria del mismo se publica en el D.O.U.E. el 7 de marzo de 2018.

En esa fecha resulta aplicable el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y el RD 1098/2011 en lo que no se oponga a la nueva Ley, de conformidad

[*] **Ponente: Sra. de León Marrero.**

con la Disposición Transitoria Primera de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

4. 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, que es la legislación de aplicación al efecto; plazo que vence el 13 de octubre de 2019. El transcurso del plazo máximo determinaría, en caso de producirse, la caducidad del procedimiento (STS de 9 de septiembre de 2009).

5. Este Consejo ya ha tenido la oportunidad de analizar determinados aspectos formales de este procedimiento, concluyendo, en el DCC 176/2019, que la propuesta de Resolución que resolvía el contrato de obras «Proyecto de adecuación de zonas verdes en Playa Blanca, Parque Atlántico y Modificado» no era conforme a derecho, ya que procedía la retroacción del procedimiento a fin de conocer el parecer del Interventor y otorgar nueva audiencia al adjudicatario respecto a tal extremo.

Una vez cumplidos dichos trámites 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 la cuestión de fondo planteada.

II

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

Mediante Decreto n.º 2608 de fecha 3 de noviembre de 2017 se inicia por el Ayuntamiento de Yaiza expediente de contratación de la obra «Proyecto de adecuación de zonas verdes en Playa Blanca, Parque Atlántico y Modificado» (expediente de contratación número 90- 2018).

Con fecha 9 de febrero de 2018 se emite por parte del Concejal de Urbanismo propuesta de ejecución de la obra «Proyecto de adecuación de zonas verdes en Playa Blanca, Parque Atlántico y Modificado».

En fecha 9 de febrero de 2018 se emite Decreto n.º 445 de inicio de la obra referenciada.

Con fecha 2 de marzo de 2018 se emite acuerdo Plenario sobre la aprobación del expediente de contratación de la obra «Proyecto de adecuación de zonas verdes en Playa Blanca, Parque Atlántico y Modificado», de aprobación de los pliegos de cláusulas Administrativas particulares y de Prescripciones Técnicas (PCAP y PPT),

aprobación del gasto y del inicio de la tramitación de dicha licitación. Se licita dicho expediente con un presupuesto base de licitación de 2.538.721,17 €.

Se publica anuncio de licitación en el D.O.U.E. con fecha 07/03/2018, en el B.O.P. (n.º 31) de Las Palmas de fecha 12/03/2018, en la Plataforma de Contratación del Estado el día 09/03/2018 y en el Perfil de Contratante de fecha 12/03/2018.

Se presentan las proposiciones por parte de empresas licitadoras, y con fecha 26 de abril de 2018 se celebra Mesa de contratación llevándose a cabo la apertura las propuestas presentadas.

Con fecha de 29 de mayo de 2018, tras emitirse informe técnico de valoración de las ofertas presentadas, se propone por la Mesa de Contratación la adjudicación a la empresa (...).

Se emite Decreto n.º 2018-1514 de 25 de junio de 2018 mediante el que se adjudica la obra «Proyecto de adecuación de zonas verdes en Playa Blanca, Parque Atlántico y Modificado» resultando adjudicataria la empresa (...), con N.I.F. (...).

Dicho acuerdo de adjudicación se aprueba en sesión plenaria de fecha 13 de julio de 2018 al constatarse el error de aprobación de la adjudicación mediante Decreto de Alcaldía cuando el órgano de contratación era el Pleno.

Se firma contrato con fecha 25 de julio de 2018 para la ejecución de dicha obra por la empresa (...), con un coste total de 2.141.906,35 € (incluido IGIC).

Asimismo, se dicta Decreto n.º 2018-1852 de designación de responsable del contrato de fecha 7 de agosto de 2018, designando a (...) y (...) como responsables del contrato.

Se publica anuncio de adjudicación y formalización en el D.O.U.E. el día 23 de agosto de 2018 y en la Plataforma de Contratación del Estado y el perfil del contratante el día 7 de agosto de 2018.

El 31 de agosto de 2018 (...) en nombre de la empresa pone a disposición de la dirección de obra [(...) y (...)] por correo electrónico el Plan de Seguridad y Salud, que se incorpora por registro al Ayuntamiento el 1 de octubre de 2018.

El 10 de octubre de 2018 (...) comunica a la empresa (...) que ha sido nombrado Coordinador de Seguridad y Salud en la obra.

El 27 de noviembre de 2018 se aprueba el Plan de Seguridad y Salud.

El 19 de noviembre 2018 se firma el acta de comprobación del replanteo que determina el inicio de la obra, con reservas por parte del contratista.

El 30 de noviembre de 2018 se produce la apertura del centro de trabajo.

Con fecha 27 de diciembre de 2018 se presenta escrito por la empresa adjudicataria (...), con la finalidad de dar a conocer la situación actual de la obra y se afirma que:

«1) existen unidades de obra en el terreno de la obra que no son parte del objeto del contrato.

2) se comunica a la propiedad la falta de definición de algunas unidades de obra necesarias para desarrollar el proyecto en completo.

3) se notifica que no se dispone de una topografía ni de secciones transversales necesarias para encajar topográficamente el proyecto.

Se presenta por la empresa un listado de precios contradictorios correspondientes a deficiencias encontradas en el proyecto, ya sea por la carencia de algunas unidades o el ajuste de precios de unidades de obra que no contemplaban la integridad de lo descrito en la partida (...)».

El día 22 de enero de 2019 se presenta otro escrito por la empresa adjudicataria (...), donde se solicita la suspensión temporal de las actividades de la obra hasta que se pueda tener definido técnicamente el proyecto y la confección de un modificado que recoja los nuevos precios contradictorios así como el nuevo plazo de ejecución de la obra.

El 8 de febrero de 2019, se emite Informe-Propuesta por el Ingeniero Industrial de la oficina técnica del ayuntamiento de Yaiza y técnico responsable del contrato de obra en el que se propone la resolución del contrato de obra. El informe técnico funda su propuesta de resolución del contrato, en base a las siguientes consideraciones:

«El tiempo transcurrido desde la firma del contrato hasta la firma del acta de replanteo, del que se desconocen los motivos, y que según Pliego de condiciones, no podría superar un mes.

La estimación de la empresa de que será necesario un modificado con un incremento del 39 % del presupuesto.

La imposibilidad de que la obra se pueda ejecutar en los 13 días que quedan de plazo».

Con fecha de 13 de febrero de 2019 se dicta Decreto n.º 2019-0297 mediante el que se resuelve, atendiendo al informe técnico emitido:

«Primero.-Iniciar expediente de Resolución de contrato administrativo de obra "Adecuación de zonas verdes en Playa Blanca, Parque Atlántico y Modificado", adjudicado a la empresa (...)" con CIF n.º (...), con un precio de adjudicación de: Importe del contrato: 2.001.781,64 € Impuestos: 7% Total: 2.141.906,35 €. Se propone además, la incautación de la garantía definitiva por un importe de 100.089,08 € mediante seguro de caución n.º 4.194.949 de (...).

Segundo: Otorgar al contratista (...), trámite de audiencia por plazo de diez días naturales de conformidad con lo establecido en el art. 109.1 del Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Tercero: Dar audiencia a la entidad (...), en su calidad de avalista del contrato suscrito por un importe de 100.098,08 € y con número 40.194.949 mediante seguro de caución.

Cuarto: Solicitar informe a Secretaría de acuerdo con lo establecido en el art. 109.1.a) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Quinto: Notificar la presente resolución a la empresa (...), con C.I.F. n.º (...) y a la entidad avalista (...) con C.I.F. (...)».

En virtud del trámite conferido, el 22 de febrero de 2019 se presenta escrito de alegaciones por parte de la empresa (...) del siguiente tenor:

«SEGUNDA. PERIODO TRANSCURRIDO ENTRE LA FIRMA DEL CONTRATO Y EL ACTA DE REPLANTEO.

A pesar de que la aprobación del plan de seguridad y salud es un requisito imprescindible para realizar la apertura del centro de trabajo y el consiguiente inicio de actividades, cuando el 19 de noviembre de 2018 el Ayuntamiento convoca a (...) para la aprobación del "acta de replanteo" sigue sin estar aprobado el Plan de Seguridad y Salud que el 11 de octubre de 2018 había remitido (...) al entonces recién nombrado (el día anterior) coordinador de seguridad y salud de la obra.

Ante esta situación el 26 de noviembre de 2018 (...), delegado de (...) en la Comunidad Autónoma Canaria, remite un mensaje por correo electrónico a (...) y a (...), recordándoles la imperiosa necesidad de que fuera aprobado el plan de seguridad y salud para que se pudiera aperturar el centro de trabajo e iniciar las actividades (DOCUMENTO 7).

El requerimiento de (...) surte efecto y así el 27 de noviembre de 2018 el coordinador de seguridad y salud remitía a (...) el acta de aprobación del Plan de Seguridad y Salud (DOCUMENTO 8).

Al día siguiente, 28 de noviembre de 2018, (...) devuelve al coordinador dicha acta debidamente firmada (DOCUMENTO 9).

Por fin, el día 30 de noviembre de 2018 el coordinador de seguridad envía a (...) el acta oficial aprobando el "Plan", debidamente visada (DOCUMENTO 10) y ese mismo día, repito el 30 de noviembre de 2018, (...) comunica a la autoridad laboral competente la apertura del centro de trabajo y, por tanto, el inicio de actividades (DOCUMENTO 11).

En conclusión, por causa, única y exclusivamente imputable al Ayuntamiento, la posibilidad real de iniciar las actividades de la obra se demoró hasta el 30 de noviembre de 2018, fecha de aprobación formal y definitiva del Plan de Seguridad y Salud que recordemos fue remitido por (...) ¡3 meses antes! (el 31 de agosto de 2018) y que tuvo que esperar para ser aprobado a que el Ayuntamiento nombrase un coordinador de Seguridad y Salud (10 de octubre de 2018) y a que éste "impulsase" su aprobación (30 de noviembre de 2018).

TERCERA.- EL ACTA DE REPLANTEO.

Tal y como se ha adelantado en la alegación anterior el Ayuntamiento no convoca a (...) al levantamiento del acta de replanteo hasta el 19 de noviembre de 2018, (...) entendió que este retraso estaba causado por la inexplicable lentitud con que el Ayuntamiento había gestionado todo lo relativo al Plan de Seguridad y Salud.

Pues bien, aún no aprobado el Plan de Seguridad y Salud el Ayuntamiento se decide a convocar a (...) para el levantamiento de dicha acta el 19 de noviembre de 2018.

En dicha acta (DOCUMENTO 12), el firmante en la misma por (...), (...) hace constar las siguientes observaciones:

1.- Existen unidades de obras en el terreno de la obra que no son parte del objeto del contrato.

2.- Se comunica a la propiedad la falta de definición de algunas unidades de obras necesarias para desarrollar el proyecto en completo.

3.- Se notifica que no se dispone de una topografía ni de secciones transversales necesarias para encajar topográficamente el proyecto.

En definitiva, lo que (...) hace constar en el acta de replanteo son carencias absolutamente esenciales y manifiestas del proyecto que precisan la necesaria y urgente subsanación y modificación del proyecto con la adopción de precios contradictorios para las absolutamente imprescindibles nuevas partidas.

CUARTA.- DEFECTOS Y CARENCIAS DEL PROYECTO.

Ante las gravísimas deficiencias detectadas por (...) ésta encargó a un equipo de topógrafos (...) la medición de la obra a realizar y, paralelamente, remitió un correo electrónico a la dirección facultativa de la obra el 13 de diciembre de 2018 (DOCUMENTO 14) explicando los avances de la obra y solicitando una revisión de aspectos determinantes de la

misma. Esta petición nunca fue contestada. Una vez (...) dispone de las conclusiones (DOCUMENTO 15) del equipo de topógrafos que había contratado, tiene toda la información para razonar las subsanaciones y modificaciones que necesita el proyecto y así el 27 de diciembre de 2018, presenta un informe (DOCUMENTO 16) en el registro del Ayuntamiento, cuyas principales conclusiones son las siguientes:

1.- El estudio topográfico (DOCUMENTO 15) arroja unas mediciones de más de 47.000 m 3 de excavación, cuando el proyecto contempla únicamente 8.906,52 m3 (hay un incremento de volumen de tierra que casi ¡sextuplica! el previsto en el proyecto).

2.- Existe firme basáltico de gran dureza a escasos 30 a 40 cm de la superficie (circunstancia que no estaba contemplada en el proyecto), por lo que será necesaria maquinaria pesada tampoco contemplada en el proyecto.

3.- Son necesarios 10.000 m3 de "zahorra" dado que el terreno que contempla el proyecto para "rellenos" no es, en modo alguno, apto para compactación.

4.-El estudio topográfico (DOCUMENTO 15) arroja una diferencia en la medición de las tuberías D 315 y D 200 mm, lo que afecta de igual manera la medición de apertura de zanjas y en el caso de la tubería de D 200mm las necesidades reales exceden del 40% de la medición prevista en el proyecto.

5.- En el capítulo de electricidad existen deficiencias muy importantes en los descompuestos de las partidas de columnas, las cuales carecen de descripción de anclajes.

6.- En los "kioskos" proyectados no aparece ningún elemento de electricidad.

7.-El proyecto prevé la existencia de un bordillo recto, lo cual es muy peligroso para los usuarios, dado el uso previsto para los usuarios de esas "zonas verdes".

8.- Existen discrepancias entre varias descripciones de partidas y los descompuestos de las mismas.

9.-No existe en el proyecto partida alguna para "ensayos".

En definitiva en el informe de (...) se cuantifica económicamente en un incremento de un 39% sobre el presupuesto inicial las modificaciones absolutamente imprescindibles para el proyecto de ejecución.

Al día siguiente, 28 de diciembre de 2018, este informe es remitido por correo electrónico al director facultativo de las obras (DOCUMENTO 17). El silencio fue la única respuesta recibida.

SEXTA.- LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE LA OBRA.

Llegado el 22 de enero de 2019 y puesto que la única actividad que desde el 11 de enero anterior se es- taba realizando en la obra (la única que podía realizarse sin la definición

completa del proyecto), que era la formación de terraplenes con material procedente de la obra, ya se había terminado, (...) solicitó formalmente la suspensión de la obra, habida cuenta que, tal y como expuso en su solicitud de suspensión, el proyecto adolecía de tan graves carencias que necesitaban ser definidas las correcciones y adaptaciones precisas para que fuera ejecutable y que hasta que esa definición no estuviese clara no tenía sentido acometer ninguna tarea constructiva, especialmente en la zona sur (aguas abajo) pues cualquier actuación ejecutada podría causar duplicidades y aumento innecesario de costes. Se acompaña la solicitud de suspensión como DOCUMENTO 20.

SÉPTIMA.- LA RESPUESTA DEL AYUNTAMIENTO DE YAIZA CONCLUSIONES.

Ante la solicitud de suspensión de la obra, el Ayuntamiento de Yaiza omitió cualquier respuesta expresa, obviando con ello la realidad, incluso admitida por los representantes del Ayuntamiento en la reunión de 11 de enero de 2019, de que el proyecto, tal y como había sido concebido, era absolutamente inejecutable. Tal consenso había en dicha reunión sobre la inejecutabilidad del proyecto que se encargaron, como consecuencia de esa misma reunión, nuevos cálculos al "equipo de topógrafos".

Muy al contrario, el Ayuntamiento de Yaiza, desdiciéndose de su posición anterior, se ha descolgado con una Resolución administrativa incoando un expediente de resolución de contrato por incumplimiento culpable de (...) que nos ha sumido en la más profunda estupefacción.

En dicha Resolución y en el informe técnico que le sirve de sustento, se omite cualquier referencia a la raíz del problema, esto es a la inejecutabilidad del proyecto tal y como fue concebido y a la absoluta necesidad de modificarlo para llevarlo a cabo, modificación que al traspasar los límites permitidos legalmente supondría la resolución del contrato. El art. 223.g del TRLCSP al que, desde nuestro punto de vista, erróneamente considera el Ayuntamiento de Yaiza que están sujetas las consecuencias en tomo a la ejecución y resolución del contrato es muy claro al indicar como causa de resolución contractual "la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro 1".

En este caso resulta evidente que un proyecto inejecutable que precisa modificaciones que aumentan un 39% su coste previsto inicialmente se adecua a los términos de las normas citadas.

En definitiva, la pretensión del Ayuntamiento de Yaiza, resulta, sin duda, una "huida hacia adelante" para intentar evitar las claras consecuencias que se derivan de la concurrencia de la auténtica causa de resolución contractual (art. 223.g TRLCSP), en el caso que nos ocupa, causa en ningún caso imputable a (...)».

Por parte del técnico Director de la obra, con fecha de 29 de abril de 2019 se contesta al escrito de alegaciones de la adjudicataria, expresando, en síntesis, lo siguiente:

«REFIERE EL ADJUDICATARIO: Primera: "Es un hecho pacífico (...).

Se firma el contrato de adjudicación el 25 de julio de 2018 y no se aporta el Plan de Seguridad y Salud hasta el 31 de agosto de 2018.

Segunda: EL ACTA DE REPLANTEO

Las anotaciones establecidas en el acta de replanteo son causa insignificante para la ejecución de la obra por:

A) Unidades de obra que no son objeto del proyecto: la empresa (...) ya nos preguntó el 22/06/2018 a través de correo electrónico y se les indicó que dichas unidades estaban siendo ejecutadas por el promotor de la urbanización, por lo que las "clamorosas carencias" no existían.

B) En cuanto a falta de unidades, se trata de una apreciación particular de la contrata que no se ajusta a la realidad, y de faltar alguna se podría establecer un precio contradictorio.

C) La topografía que existe en el proyecto la conocía la contrata con anterioridad, es lo lógico que el adjudicatario haga sus propios levantamientos para el control y ejecución de la obra.

Tercera: DEFECTOS Y CARENCIAS DEL PROYECTO

Como se aclaró en obra, tras análisis de proyecto y levantamiento topográfico aportado por la contrata, se comprueba que existe una diferencia en la referencia de base de los levantamientos, se deja claro que solo existían pequeñas diferencias. Se afirma que existe un firme basáltico bajo 30 o 40 cm del terreno, pero que una vez detectado el error de levantamiento no afecta a la obra de forma significativa, en caso de existir se establece un precio contradictorio.

Se habla de mediciones de zahorra sin fundamento técnico, apreciación de la contrata.

Se habla de diferencias en medición de tuberías como si el levantamiento topográfico hubiera ampliado la obra, cuando la obra no se ha modificado; y en todo caso para eso existe una liquidación.

Los kioscos contemplados en el proyecto son unidades que vienen completamente terminados solo hay que conectar acometidas.

Los bordillos del proyecto son los diseñados por los proyectistas, las apreciaciones de la contrata serán respetables pero no dejan de ser sugerencias.

Puede que exista alguna discrepancia en descripciones de partidas entre descompuestos y descripción de unidad, pero prevalece la descripción del descompuesto.

En general se argumenta la necesidad de unidades de obra que una vez visitada la obra y tras hacer el ajuste de la referencia de coordenadas son prácticamente inexistentes.

Cuarta: "Tras la recepción por la dirección facultativa del informe de (...)".

El Proyecto era y es perfectamente ejecutable. Lo que se estableció en la reunión es que el topógrafo, como es habitual en toda obra, encajase el proyecto a la realidad incluso simplificándolo adaptándolo al máximo a la realidad física del terreno. Por lo que los sobrecostes de existir serian insignificantes en el volumen de la obra.

En pro de que la obra no sufriera más retraso se le plantea a la contrata la ejecución de la zona sur (que suponen un 35 % de la obra) que quedó perfectamente definida en la visita de obra y sin tener afección con zona norte, en apenas unas zanjas. La empresa contratista no muestra interés en ejecutar dicha zona, con justificaciones infundadas, incompresible dado el retraso acumulado en la ejecución.

Tal como se indica tras el levantamiento topográfico de la contrata se comprueba que existe una diferencia en las referencias de base entre este levantamiento y las cotas de proyecto, lo que demuestra que solo se trataba de una distorsión de las cotas que provocaba la aparición de esas mediciones desmesuradas que indicaba la contrata. Por lo que las mediciones de proyecto eran perfectamente válidas.

Quinta: "Ante la solicitud de suspensión de la obra, el Ayuntamiento de Yaiza omitió cualquier respuesta expresa (...)».

No se contesta a la solicitud de suspensión de la obra porque en el periodo de ejecución que quedaba era imposible ejecutar la obra.

El punto de inflexión para solicitar la resolución, es que cuando la contrata nos presenta las muestras de adoquín a instalar, a 13 días de la conclusión del plazo de ejecución de la obra, aun sin contratar y nos comunican que el plazo de entrega es de 2 meses, esta es una de las unidades más importantes y que más tiempo de ejecución conlleva, así mismo nos indican que aún no han cerrado contratos de luminarias, ni kiosco, etc.

Lo que no se entiende es porqué la contrata tarda tanto tiempo en detectar esta diferencia de referencias de base de topografía y se aferra a establecer la necesidad de un modificado por una diferencia de mediciones brutales (que sabe que por ley no son asumibles), y que además son incompresibles viendo la sencillez de la obra.

Tal como ya indicamos la obra es perfectamente ejecutable y la contrata lo reconoce en esa reunión del 11 de enero, al aclararse que no existían tales

diferencias en mediciones, sino que se trataba de una distorsión provocada por la diferencia en las referencias base de los levantamientos.

III

Como se ha dicho, la normativa aplicable al procedimiento de resolución viene dada por la existente en el momento de su iniciación, conforme a lo previsto en la DT1ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público y DT3ª de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

El 13 de febrero de 2019 el Pleno del Ayuntamiento acuerda iniciar el procedimiento para resolver el contrato, con incautación de la garantía definitiva. En ese momento está en vigor la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

El art. 212 de la Ley 9/2017, remite en cuanto al procedimiento de resolución contractual al desarrollo reglamentario, si bien establece un plazo de ocho meses para la instrucción y resolución del expediente.

Por su parte, el art. 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el RD 1098/2001, de 12 de octubre, señala el procedimiento a seguir.

De la referida normativa se infiere la necesidad de emisión del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, la necesaria audiencia al contratista, y al avalista en caso de incautación de la garantía y el informe del servicio jurídico.

En el ámbito local, se preceptúa como necesarios para la resolución del contrato los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, de acuerdo con el art. 114.3 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

No constaba en el expediente el informe de la Intervención. Por esta razón, en el dictamen de este Consejo n.º 176/2019 (exp. 179/2019), se hizo constar este reparo, que ha sido subsanado por el Ayuntamiento, retrotrayendo el expediente, mediante Resolución 2348/2019 al momento anterior al trámite de audiencia, emitiéndose informe de fiscalización favorable de fecha 10 de septiembre de 2019 y dando traslado a la empresa adjudicataria que lo recibió con fecha 12 de septiembre de 2019. Procede, pues, ahora, entrar al fondo del asunto.

IV

1. La propuesta de Resolución declara el incumplimiento por parte de la empresa (...) de las obligaciones esenciales del contrato y, en consecuencia, resolver el contrato con incautación de la garantía a la empresa adjudicataria, de conformidad con lo recogido en los arts. 223 y siguientes 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 (TRLCSP) y en la cláusula 37 del PCAP. La garantía quedará retenida en tanto no se proceda a la cuantificación de los daños causados. Se propone también declarar la obligación de la adjudicataria de indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados a la Administración. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que se hubiese constituido.

2. Existencia de causa de Resolución:

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 4 meses, a contar desde la firma de la correspondiente acta de comprobación del replanteo y de conformidad con lo establecido en el art. 213.2 del TRLCSP, dicho plazo de ejecución podrá prorrogarse cuando el contratista no pudiere cumplirlo por causas que no le sean imputables, siempre que las justifique debidamente.

La cláusula 31 del pliego dispone: «1) el contratista queda obligado al cumplimiento del plazo de ejecución del contrato en los términos previstos en la cláusula 8 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. 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. 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 art. 213.2 del TRLCSP».

Según consta en los antecedentes, se adjudicaron las obras mediante Decreto 2018-1514, de 25 de julio, suscribiéndose el oportuno contrato el mismo día 25 de julio de 2018 para la ejecución de dicha obra por la empresa (...), con un coste total de 2.141.906,35 € (incluido IGIC), teniendo lugar el 19 de noviembre de 2018 la firma del Acta de comprobación de replanteo e inicio de obra.

El Director facultativo de la obra propone el 8 de febrero de 2019 la resolución del contrato con fundamento en el tiempo transcurrido desde la firma del contrato hasta la firma del acta de replanteo, la estimación de la empresa de que será necesario un modificado con un incremento del 39 % del presupuesto y la imposibilidad de que la obra se pueda ejecutar en los 13 días que quedan de plazo.

Está acreditado, pues, que se ha superado ampliamente el plazo de ejecución del contrato de obras.

El pliego de cláusulas Administrativas particulares remite, en cuanto a la resolución, a las causas del art 223 y 237 del TRLCSP (cláusula 37).

El art. 223 g) del TRLCSP se refiere a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados.

El art. 230 del TRLCSP y la cláusula 28 del pliego de cláusulas administrativas particulares obliga a ejecutar al contrato con plena sujeción al proyecto que sirve de base al contrato.

3. Alega el contratista, entre otros extremos, el retraso en la firma del acta de replanteo, no imputable al adjudicatario sino a la Administración, pero debemos recordar que, conforme al art. 229 TRLCSP, «la ejecución del contrato comenzará con el acta de comprobación del replanteo (...)», de modo que el plazo de cuatro meses para la ejecución del contrato se computaría desde la firma de dicha acta, producida el 19 de noviembre de 2018. Así pues, el plazo de ejecución del contrato culminaría el 19 de marzo de 2019.

4. 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 dieren 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.

5. 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, mediante el procedimiento contradictorio que señala el art. 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

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.

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 «PROYECTO DE ADECUACIÓN DE ZONAS VERDES EN PLAYA BLANCA, PARQUE ATLÁNTICO Y MODIFICADO» al incumplir el plazo de ejecución, 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.