



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 4 3 / 2 0 1 9

(Sección 2ª)

La Laguna, a 28 de noviembre de 2019.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución del contrato «061/17 MURO EN LA GC-30 p.k. 6+380 Y p.k.8+025, MARGEN DERECHO» adjudicado a la entidad mercantil (...) (EXP. 434/2019 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo de Gran Canaria, es la Propuesta de Resolución mediante la que se resuelve el contrato «061/17 muro de la GC-30 p.k. 6+380 y p.k. 8+025, margen derecho», adjudicado a la entidad mercantil (...).

2. La legitimación para la solicitud del 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. 191.3.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2017 (LCSP), norma básica aplicable al presente supuesto tanto porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor, como porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1, de la LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor, y el art.

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP (Disposición derogatoria de la LCSP), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), también de carácter básico.

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, plazo que vence el 11 de diciembre de 2019.

II

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

- Mediante Resolución de la Consejería del Gobierno de Obras Públicas, Infraestructura y Deportes, por delegación, de 23 de agosto de 2018, se adjudicó a la empresa (...) el contrato de obra denominado «061/17 muro de la GC-30 p.k. 6+380 y p.k. 8+025, margen derecho», formalizándose el 31 de agosto de 2018. Se estableció como precio de la contratación la cantidad de 105.980 € y un IGIC de 7.418,60 €, fijándose el plazo de ejecución de 4 meses contados a partir del día siguiente de extenderse el acta de comprobación de replanteo (cláusula n.º 4).

- El 28 de septiembre de 2018 se suscribe Acta de Comprobación del Replanteo viable, si bien las obras no pueden iniciarse al no estar aprobado el Plan de Seguridad y Salud. En este sentido, en el acta se señala que se suspende el inicio de la ejecución de las obras, sin perjuicio de lo cual, y de conformidad con la cláusula 18 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), el plazo de ejecución comenzaría a contar desde el día siguiente a la firma del acta. Finalmente, el acta de inicio de la prestación se lleva a cabo el 19 de octubre de 2018.

- Mediante Resolución de la Consejería de Gobierno de Obras Públicas, Infraestructuras y Deportes, de 29 de enero de 2019, se acuerda prorrogar el plazo de ejecución del contrato en tres meses, señalándose como fecha máxima de terminación de las obras el 30 de abril de 2019, por causas no imputables a la empresa contratista (si bien al principio la obra se iba a acometer simultáneamente en los muros de los dos puntos kilométricos para minimizar en lo posible el corte de la carretera, se tuvo en cuenta la necesidad de un vecino de acceder a su vivienda y,

estando las partes de acuerdo, se estimó ejecutar primero un muro y, finalizado éste, ejecutar el otro, lo que requería la prórroga del plazo de ejecución del contrato).

- El 14 de febrero de 2019 la contratista solicita la suspensión temporal total de las obras por causas ajenas a la empresa, al entender que debe plantearse una modificación del proyecto para que se defina con exactitud el alcance del mismo y se ajuste el proyecto a precios y unidades de mercado en virtud del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al entender que de continuar la ejecución de las prestación con la definición del proyecto aprobado se produciría un quebranto económico para la empresa.

- El 19 de febrero de 2019 la empresa presenta nuevo escrito en el que reitera su petición de suspensión temporal total de las obras, con indicación de que se ha puesto en conocimiento a la dirección facultativa que la ejecución del punto kilométrico 6 de la GC-30, pendiente de realización a la fecha del escrito, supondría una grave irregularidad, sin haberse aprobado el proyecto reformado y por tanto contraviniendo el procedimiento legalmente establecido. Asimismo, y a los efectos de motivar su solicitud de suspensión, acompaña un informe técnico denominado «Informe detallado de irregularidades en el Proyecto de la obra 061/17 Muro en la G-30 p.k. 6+380 y p.k. 8+025, Margen Derecho (Expte CGC_ 1506_0P)».

- El 20 de febrero de 2019 la contratista solicita el acceso al expediente administrativo, así como copia íntegra del mismo, y la identificación de todos los funcionarios, personal laboral de la administración, proyectistas y cargos públicos que han intervenido en el expediente que nos ocupa.

- El 26 de febrero de 2019 la contratista presenta nuevo escrito en el que indica que, habiendo solicitado la suspensión del expediente, hace entrega del libro de órdenes de la obra a los efectos de que le sea entregado a la Dirección Facultativa.

- El 15 de marzo de 2019 se devuelve a la contratista el libro de órdenes, tras haber suscrito el Director Facultativo una serie de órdenes en el mismo, que se sintetizan en:

1) Que las obras están paralizadas de forma unilateral por la empresa desde el 18/01/19 sin justificación alguna.

2) Se reitera la orden de continuar con los trabajos previstos en el proyecto y con las indicaciones emitidas por la Dirección Facultativa, a fin de que se proceda a

la apertura de la carretera al tráfico, dados los graves perjuicios que se ocasionan a los usuarios y equipos de emergencia.

3) Se recuerda a la empresa que es responsabilidad de la misma el mantenimiento de toda la señalización de obra.

- El 20 de marzo de 2019 la contratista reitera su petición de contestación de los escritos presentados el 14 y 19 de febrero de 2019, así como la intervención del Servicio de Mediación en el Ámbito Civil y Mercantil conforme al art. 50 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, RDL 3/2011, de 14 de noviembre, proponiendo la mediación del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos o el Colegio de Ingenieros Civiles para la resolución del conflicto en atención al citado artículo, así como en atención a lo dispuesto en la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su reglamento y en la Ley 11/2011 de 20 de mayo de reforma de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de regulación del arbitraje institucional en la administración general del Estado.

- Con igual fecha al escrito anterior la empresa presenta escrito por el que solicita que se incorpore el anterior al expediente y que se comuniquen a la Dirección Facultativa las circunstancias expuestas en el mismo y se proceda al impulso necesario para resolver lo solicitado en sus escritos de 14 y 19 de febrero de 2019.

- El 25 de marzo de 2019 se emite diligencia de rechazo de notificaciones suscrita por funcionario de la Consejería en la que se hace constar lo siguiente:

«- Que a las 10:20 horas del día 21 de marzo de 2019, personado en el domicilio social de la empresa (...) con CIF (...), sito en C/ (...), de Las Palmas de Gran Canaria, a los efectos de notificar a la empresa una comunicación de acceso al expediente “061/17 MURO EN LA CC-30 P.K 6+380 Y p.k. 8+025, MARGEN DERECHO” y después de llamar al telefonillo de la misma en dos ocasiones, se persona en la entrada del edificio una persona que dice ser empleada de la empresa, la cual me indica que no puede recibir la notificación dado que no podía responsabilizarse de dicho documento y que tendría que consultar o previamente con su jefe.

- Que a las 09:00 hora del día 22 de marzo de 2019, me persono nuevamente en el domicilio social de la empresa, a los efectos de notificar la comunicación del día anterior, así como, una nueva notificación relativa a reiteración de orden de continuación de los trabajos del expediente de obras arriba señalado, y desde el telefonillo de la empresa, una señorita me responde, indicándome que deje las

notificaciones en el buzón, pero que no se va a proceder a suscribir la recepción de los documentos

- En atención a lo expuesto, se realiza la presente diligencia a los efectos previstos en el artículo 41.5 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas».

- El 26 de marzo de 2019 se emite informe por el Servicio Técnico de Obras Públicas e Infraestructuras de 26 de marzo de 2019, en relación con los escritos presentados por la contratista el 14 y el 19 de febrero de 2019, concluyendo que el proyecto constructivo de referencia es adecuado al fin para el que ha sido redactado y que los fallos aludidos por la contratista carecen de la entidad para imposibilitar el correcto cumplimiento del contrato, por lo que se propone que el órgano de contratación dicte Resolución desestimando la solicitud de suspensión de las obras y modificación del proyecto, y se ordene a la empresa que continúe de forma inmediata con la ejecución del contrato.

- Por su parte, el 29 de marzo de 2019, se emite informe jurídico en el que, a la vista de lo expuesto en el informe técnico, se propone, además de que se desestime la pretensión de suspensión de la ejecución de las obras y de un modificado del proyecto, que se desestime la pretensión de acudir a una mediación para la resolución del conflicto por no ser de aplicación el mismo.

- A la vista de los referidos informes, mediante Resolución n.º 252/19, de 1 de abril de 2019, se desestimó la pretensión de la contratista de suspensión de la ejecución de las obras y de realizar un modificado del proyecto, así como de acudir a una mediación, y se ordenó a la empresa que continuara de forma inmediata, con la ejecución del contrato, a cuyo efecto debería ponerse en contacto con el Director del Contrato al día siguiente al de la notificación de la resolución, teniendo en cuenta que para abrir la carretera al tráfico faltaba por pavimentar la zona correspondiente al muro ya ejecutado e instalar la barrera de seguridad metálica lo que supondría una semana de obras.

La citada Resolución fue notificada a la contratista el 2 de abril de 2019.

- Posteriormente, se emiten los siguientes informes técnicos:

1) Informe de 5 de abril de 2019, en el que en relación con la orden de continuar con la ejecución del contrato recibida por la contratista derivada de la resolución n.º 252/19, se indica:

«Y siendo hoy las 13:50 horas del día 04/04/2019 sin que el (...) haya reiniciado los trabajos, ni ningún responsable de la empresa se haya puesto en contacto con esta D.F., ya sea por medios presenciales, por correo electrónico, o mediante llamada o mensaje telefónico.

Es por lo que informe a este Servicio, para que adopte las medidas que correspondan y que favorezcan la apertura al tráfico inmediata de la carretera GC-30 cortada desde el pasado 18 de enero de 2019».

2) Informe de 9 de abril de 2019, en el que, de acuerdo con la orden ya mencionada, se expone:

«Que desde la notificación de la resolución, personado el vigilante de la obra en el lugar de la actuación diariamente, el Director del Contrato el día 4 de abril del presente (a las 13:50 horas) y el Jefe del Servicio Técnico que suscribe los días 3 de abril del presente (a las 11.50 horas) y 8 de abril del presente (a las 17:00 horas}, se pudo comprobar que las obras no se han iniciado, ni hay personal de la empresa en la citada actuación.

Por lo tanto, se propone se inicien los procedimientos administrativos pertinentes, para la rescisión del contrato, comunicándose que los trabajos pendientes para permitir la apertura al tráfico previsiblemente superarán la garantía depositada.

Por lo que se solicita se dé traslado a la empresa adjudicataria del Expte. 61-17 de la necesidad de reponer el paquete de firme, así como de la instalación de barreras de seguridad, en el muro de la carretera GC-30 para permitir abrirla al tráfico, dándose un plazo para acometer dichas actuaciones de 7 días, a contar desde la fecha de recepción del citado requerimiento».

- Asimismo, a la vista de los citados informes, el 10 de abril de 2019 se emite informe administrativo de propuesta de inicio de procedimiento de resolución de contrato.

2. En cuanto a la tramitación del procedimiento, constan las siguientes actuaciones:

- Mediante Resolución n.º 285/2019 del órgano de contratación, de 11 de abril de 2019, se inicia el procedimiento de resolución del contrato por causa imputable a la empresa contratista, de acuerdo con lo establecido en el art. 211 apartado f) LCSP. Asimismo, se ordena a la empresa la reposición del paquete de firme, así como, la instalación de barreras de seguridad en el muro ya ejecutado, confiriéndole un plazo de siete días para acometer dichas actuaciones.

Por otro lado, se procede a la apertura del trámite de audiencia, constando la recepción de la notificación por la avalista el 15 de abril de 2019, sin que presentara alegaciones.

Por su parte, respecto de la notificación a la contratista, consta en el expediente diligencia de notificación de 16 de abril de 2019 cursada por funcionaria de la Corporación en la que se señala que con fechas 15 y 16 de abril se intentó practicar la notificación en las oficinas de la empresa sin que fuera posible realizar la misma. Así pues, el 25 de abril de 2019 se procede a notificar la Resolución emitida a través de extracto en el Boletín Oficial del Estado (BOE n.º 99). Sin embargo, no se presentan alegaciones en plazo, procediendo la empresa contratista como sigue a continuación.

- Mediante escrito de 1 de mayo de 2019 la contratista presenta recurso de reposición contra la resolución n.º 252/19, por la que se había desestimado su solicitud de suspensión de las obras.

- Con fechas de 22 y 23 de mayo de 2019, el Servicio Técnico y el Administrativo de Obras Públicas e infraestructura, emiten informes propuesta de desestimación del recurso de reposición interpuesto por la contratista.

- Mediante Acuerdo de Consejo de Gobierno insular de 17 de junio de 2019, se acuerda la desestimación del recurso de reposición, lo que fue notificado a la contratista el 4 de julio de 2019.

- El 28 de junio de 2019, la contratista presenta escritos por medio de los que, por un lado, indica no haber recibido respuesta al recurso de reposición, impulsando a ello, y, por otro solicita la incoación de un procedimiento de resolución de contrato por causa imputable a la Administración, ex art. 223 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y en concreto, su causa tercera relativa a: *«El desistimiento o la suspensión de las obras por un plazo superior a 8 meses acordada por la Corporación»* toda vez que la Corporación ha intervenido en la ejecución del contrato, al haber ejecutado unidades de obra sin comunicación previa y sin expreso consentimiento de la empresa, solicitando en aquel escrito: el 6% del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial, valorando dicha indemnización en la cantidad de 3.360,80 euros, si bien dicha cantidad podrá incrementarse en virtud de la solicitud de modificación del proyecto, más los intereses legales correspondientes; la devolución de la garantía depositada; y la devolución de los elementos que eran de propiedad de la contrata y que fueron

retirados de la obra, o bien, al abono de dichos materiales en concepto de daños y perjuicios causados, ascendiendo dichos daños a la cantidad de 11.227.98 euros.

- El 29 de julio de 2019 se emite nuevo informe por el Servicio Técnico de Obras Públicas indicando que la empresa no ha reanudado la ejecución ordinaria de los trabajos, ni tampoco ha acometido los trabajos encomendados en la Resolución de 11 de abril de 2019, indicando que, por ello, dichos trabajos se han realizado por los medios del Servicio de Conservación de Carreteras.

- El 29 de julio de 2019 la contratista insta a la Administración a dar contestación a su solicitud de inicio de procedimiento de resolución contractual por causas imputables a la Administración.

- Es el 31 de julio de 2019 cuando la contratista presenta escrito de alegaciones a la resolución instada por la Administración el 11 de abril de 2019, indicando que es a través de informe administrativo recibido el 4 de julio de 2019, cuando ha tenido conocimiento de la publicación en el BOE del inicio del procedimiento de resolución del contrato, alegando a este fin lo siguiente:

1) Que existe silencio administrativo e inacción administrativa, toda vez que desde el 14 de febrero de 2019 las obras se encuentran en situación de imposible ejecución dadas las características definidas en el proyecto, y que como se señaló el 28 de junio de 2019, se presentó solicitud de inicio de resolución contractual por causas imputables a la Administración sin que haya sido resuelto por la misma, por lo que considera que no procede la incoación de un nuevo procedimiento de resolución cuyo objeto es idéntico a este en cuanto a su contenido, alcance y efectos, sin haberse resuelto la solicitud de resolución contractual por causas imputables a la administración de fecha 28 de junio de 2019.

2) Que existe causa de nulidad al resultar imposible conseguir el objeto del contrato.

3) Que los errores del proyecto implicarían la invalidez del contrato, indicando en este sentido, que a través del Acuerdo de Consejo de Gobierno notificado el 4 de julio de 2019, se constata la existencia de los errores que han aludido, y evidencian una mala praxis de la Administración.

4) Que no procede la resolución del contrato por causa imputable a la contratista, al existir errores, defectos y omisiones en el proyecto y en el presupuesto.

5) Vulneración del principio de buena fe contractual, al entender que la Administración debió resolver inicialmente el recurso de reposición interpuesto con carácter previo al inicio del expediente de resolución contractual.

6) Abuso de derecho, al no haberse resuelto previamente el recurso interpuesto. Dicha circunstancia, alegan, se encuentra pendiente de recurso contencioso administrativo.

7) Nulidad causada por actos dictados prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, indicando que sin haberse resuelto el recurso planteado, la Administración ha procedido a iniciar un expediente de resolución por causas imputables, conociendo la existencia de los errores u omisiones en la redacción del proyecto y su presupuesto.

8) Indefensión, por no haberse iniciado el expediente de resolución de contrato sin darse respuesta al recurso de reposición.

- Posteriormente, el Servicio Técnico de Obras Públicas e Infraestructuras, ha emitido los siguientes informes:

1) Informe de 5 de agosto de 2019, del que se infiere a la vista de las alegaciones planteadas por la contratista, que los aspectos técnicos ya han sido correctamente evaluados y contestados en informes anteriores, sin que exista ninguna modificación al respecto.

2) Informe de 6 de agosto de 2019 y su complementario de 12 de agosto de 2019, en el que, a la vista de las alegaciones planteadas por la empresa en su petición de 28 de junio de 2019 de resolución de contrato por causa imputable a esta Corporación, refiere que:

a) Los elementos de señalización que reclama la empresa ya fueron reconocidos y abonados en las certificaciones emitidas, como también indica y reconoce el contratista en el citado escrito.

b) Los trabajos que cita la empresa que se han ejecutado, fueron realizados por la Conservación de Carreteras.

- Consta en el expediente que la contratista ha presentado recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo de Consejo de Gobierno Insular de 17 de junio de 2019, que desestimó el recurso de reposición interpuesto por la recurrente el 1 de mayo de 2019, contra la Resolución número 252/19, de 1 de abril, lo que no obsta la

emisión del presente Dictamen porque no consta la existencia de resolución judicial sobre el mismo.

III

1. En cuanto al fondo del asunto, entendemos que es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, avalada por numerosos informes técnicos y jurídicos que justifican su conclusión.

2. A tal efecto, la Propuesta de Resolución determina la procedencia de la resolución del contrato que nos ocupa por incumplimiento del contratista, lo que se justifica pormenorizadamente, refutando una por una todas las alegaciones de la contratista, por lo que resulta pertinente transcribir sus términos.

Ante todo, ha de indicarse que la Propuesta de Resolución advierte de que las alegaciones presentadas por la empresa el 31 de julio de 2019, en relación con la iniciación de procedimiento de resolución contractual de 11 de abril de 2019, son extemporáneas, no siendo óbice para ello el indicar, como ha hecho el contratista, que desconocía el procedimiento por haber sido notificado por medio de anuncio en el BOE.

Sin perjuicio de constar la correcta notificación del inicio del procedimiento que nos ocupa al contratista, debe destacarse desde ahora la mala de fe de la contratista, en orden a la recepción de las notificaciones por parte de la Administración con la que le une un vínculo contractual, constando en el expediente dos diligencias de negativa de recepción de notificaciones. Sin embargo, sí recibe las atinentes a sus propios escritos (*v.g.* respuesta a su solicitud de suspensión y desestimación de recurso de reposición).

No obstante lo expuesto, y dado que la tramitación del expediente aún no ha culminado, la Administración da respuesta a las alegaciones, teniendo por opuesto en el procedimiento al contratista.

Así, se señala en la Propuesta de Resolución:

«a) En cuanto a la alegación de silencio administración e inacción administrativa. La contratista entiende que se debe dar respuesta primero a su solicitud de resolución contractual por causas imputables a la administración, al amparo de su escrito presentado el 28 de junio de 2019, y no al procedimiento iniciado el 11 de abril de 2019. En torno a dicha cuestión, y sin perjuicio de lo que se expondrá en el fundamento tercero del presente informe, de la documentación que obra en el expediente se extrae inequívocamente, que la primera causa de resolución que surge tiene lugar desde el momento en el que la empresa

incumple la orden de continuar de forma inmediata con la ejecución del contrato, tras desestimarse su petición de suspensión unilateral de la ejecución de las obras y de realizar en dicho momento un modificado del proyecto, véase antecedente décimo segundo, ante dicha circunstancia, esta Corporación se vio abocada a iniciar un expediente de resolución de contrato por causa imputable a la contratista.

No es posible por tanto, estimar la pretensión de la empresa de resolver primero la petición cursada el 28 de junio de 2019, y obviar la existencia del procedimiento iniciado el 11 de abril de 2019. A mayor abundamiento, la propia LCSP establece un orden de prioridad indicando en el apartado segundo del artículo 211, que de concurrir diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, la prioridad recaerá en aquella que haya aparecido primero en el tiempo, que en este caso no es otra que el incumplimiento de la empresa a ejecutar las obras tras haberse desestimado su petición de suspensión para redacción de un proyecto modificado.

b) En cuanto a las alegaciones relativas a la existencia de causa de nulidad por imposibilidad de conseguir el objeto del contrato; de la existencia de errores u omisiones en el proyecto y anulabilidad de las demás infracciones del ordenamiento jurídico, procedería igualmente la desestimación de las mismas, puesto que el Servicio Técnico de Obras Públicas e Infraestructuras se ha manifestado en reiteradas ocasiones, tal y como se refleja en los antecedentes del presente informe, en que no ha lugar a la suspensión de la ejecución de las obras para la redacción de un proyecto modificado, al ser viable la ejecución del proyecto licitado y el presupuesto inserto en el mismo.

c) En relación a las alegaciones relativas a la vulneración del principio de buena fe contractual; abuso de derecho; nulidad por actos dictados prescindiendo del procedimiento establecido e indefensión, todas ellas relativas a infracciones del procedimiento motivadas por la existencia de unos errores en el proyecto, de la necesidad de procederse a la redacción de un proyecto modificado, y de la imposibilidad de iniciar un procedimiento de resolución de contrato sin haberse procedido a responder al recurso potestativo de reposición presentado, es necesario hacer constar, que la petición de solicitud de modificación contractual fue resuelta con carácter previo al inicio del procedimiento de resolución de contratos, tal y como se recoge en el antecedente décimo segundo del presente informe. La resolución de desestimación de suspensión para redacción de un proyecto modificado, conforme establece la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en adelante, LRJ-PAC, era un acto firme en vía administrativa, de ahí que el recurso administrativo a interponer fuera el recurso potestativo de reposición regulado en el artículo 123 de la LRJ-PAC, y no, el recurso de alzada, artículo 121 de la LRJ-PAC.

A mayor abundamiento, y en relación al recurso potestativo de reposición interpuesto, hay que tener en cuenta los efectos del silencio administrativo que se determinan en el párrafo tercero del punto primero del artículo 24 de la LRJ-PAC, en el sentido de que el silencio será desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y en los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados. Expuesto el carácter desestimatorio del recurso interpuesto, hay que añadir, que el plazo para entender desestimado dicho recurso era de un mes, tal y como previene el artículo 124 del cuerpo legal aludido, al referir en su punto segundo, que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de un mes.

Por consiguiente, procede desestimar todas las alegaciones planteadas por la contratista en su escrito de 31 de julio de 2019».

3. Efectivamente, la empresa contratista, tras haber incumplido el contrato no ejecutando las obras objeto del mismo, solicita su suspensión en escritos de 14 y 19 de febrero de 2019, tras haber suspendido ya unilateralmente su ejecución, perpetuando el incumplimiento del contrato. Así consta en informe de 29 de marzo de 2019 donde se señala que las obras han sido paralizadas de forma unilateral desde el 18 de enero de 2019, instando al contratista a reanudarlas.

De hecho, en correo electrónico de 4 de febrero de 2019, recibido por la contratista el 6 de febrero de 2019, se indica a la empresa la falta de cumplimiento del contrato.

Se observa a partir de este momento que el contratista presenta escritos, desde el propio de la solicitud de suspensión, como maniobra dilatoria para impedir que entre en juego la resolución del contrato por su incumplimiento, que resulta patente en los múltiples informes técnicos obrantes en el expediente.

Es especialmente relevante esta mala fe en un contrato como el que nos ocupa, respecto del que desde su adjudicación en un procedimiento negociado sin publicidad se pone de manifiesto la urgencia en su conclusión, al tratarse de una obra que implica el cierre de una vía principal en Gran Canaria, razón por la que, finalmente, hubo de concluirse las obras por la Corporación Insular.

Por otro lado, tal mala fe y los subterfugios para evadir la resolución que nos ocupa, se percibe a través de la negativa a recibir las notificaciones y la ausencia de personal en el lugar de la obra, cuando a ella acudía la Dirección Facultativa, presentando mientras solicitudes de suspensión de una obra ya suspendida, recursos frente a su desestimación, y, por último, solicitud de resolución por causa imputable a la Administración, cuando ya había en curso un procedimiento por causa imputable

al contratista, siendo aquí aplicable, como señala la Propuesta de Resolución, la primera causa aparecida en el tiempo.

Si cabe, más grave es el sustento de la solicitud de suspensión con fundamento en una alegada, pero inexistente, como se informa por el Servicio Técnico una y otra vez, incorrección del proyecto, lo que, alega la contratista, lleva a una imposibilidad de ejecución de la obra y a un desequilibrio económico.

En este punto, tal y como señala el informe técnico de 26 de marzo de 2019, el proyecto cuya modificación se pretende, no solo «tiene la suficiente definición y concreción para su correcta ejecución (...) y de hecho se han aclarado (por el Director Facultativo) puntual y debidamente las dudas y detalles concretos que han aparecido en la obra, sin que se realizase objeción por parte del técnico que representaba al contratista», sino que «el proyecto cuya idoneidad ahora se cuestiona es el mismo que se puso de manifiesto al contratista a los efectos de que presentara su proposición, y que, por otra parte la empresa suscribió el acta de comprobación de replanteo sin realizar observaciones de ningún tipo con relación a las inconsistencias del mencionado proyecto». A lo que cabe añadir que, de facto, la obra ha sido culminada por la Corporación con el mismo proyecto.

Además, en cuanto a las cuestiones del proyecto que inciden en el precio del contrato, señala el referido informe acertadamente: *«el precio de licitación de las obras fue de 142.515,84 €, presentando el contratista su proposición por un importe de 113.368,600 €, esto es, casi un 20,4% inferior a aquél, de modo que no se explica que ahora venga a cuestionar lo que en su momento valoró en mucha menor cuantía, a la vista del proyecto íntegro, y a los efectos de presentar a la Administración Pública contratante una proposición económica que se obliga a cumplir».*

Ello determinó su adjudicación, por lo que, un cambio como el pretendido obligaría a una nueva licitación, pues lo contrario supondría una maniobra fraudulenta en relación con otros posibles licitadores a la vista de las nuevas condiciones.

4. Determinado el incumplimiento del contratista primero en el tiempo resulta de aplicación la reiterada y constante doctrina de este Consejo (por todos, Dictámenes 88/2019, de 13 de marzo; 263/2018, de 6 de junio; y 60/2016, de 10 de marzo), que reproduce, asimismo, la doctrina consolidada del Consejo de Estado referida a que, en caso de concurrencia de varias causas de resolución, debe

aplicarse prioritariamente la causa de resolución que aparezca antes en el tiempo, de modo que, si posteriormente sobrevienen otras causas, estas son ya irrelevantes.

No obstante, por haberse solicitado por la contratista la resolución por causa imputable a la Administración, ésta responde correctamente en la Propuesta de Resolución, señalando:

«a) En cuanto a la alegación relativa a silencio administrativo e inacción administrativa, en el que se indica que las obras se encuentran en situación de imposible continuación con las características definidas en el proyecto y que no se ha respondido al recurso de reposición interpuesto, es de reseñar lo que anteriormente se ha descrito relativo a que la resolución de desestimación de la pretensión cursada por el contratista, antecedente décimo segundo, era firma en vía administrativa, por lo que tras la interposición del recurso potestativo de reposición, la contratista debió entender desestimado el mismo tras el transcurso del mes establecido en la normativa citada en el fundamento jurídico anterior.

b) La segunda de las alegaciones refiere la existencia de una causa de resolución imputable a esta Corporación, en concreto, el desistimiento o la suspensión de las obras por un plazo superior a 8 meses acordada por la Corporación, apartado e) del artículo 217 de la anterior ley de contratos, y, apartados c) y d) del artículo 245 de la LCSP. Expresa la contratista en este sentido, que al intervenir el contrato por esta parte, sin comunicación ni consentimiento de la contratista, se ha producido de facto, la resolución contractual unilateral al desistir esta Corporación de la continuación del contrato.

En torno a dicha cuestión y de la documentación que obra en el expediente, esta alegación debe ser desestimada por cuanto:

- La empresa procedió unilateralmente a paralizar la ejecución de las obras solicitando la elaboración de un proyecto modificado, cuestión ésta que se puso en conocimiento de esta Corporación el 14 de febrero de 2019, antecedente cuarto.

En el libro de órdenes consta que las obras fueron paralizadas desde el 18 de enero de 2019 sin justificación alguna, y se le reitera a la empresa que debe continuar con los trabajos previstos en el proyecto siguiendo las indicaciones dictadas por el Director Facultativo del contrato, a fin de que se proceda a la apertura de la carretera al tráfico, dados los graves perjuicios que se ocasionaban.

- En la resolución de desestimación de la petición cursada de suspensión para la elaboración de un proyecto modificado, de fecha 1 de abril de 2019, se ordenaba a la empresa a continuar de forma inmediata con la ejecución del contrato, a cuyo efecto debería ponerse en contacto con el Director Facultativo del contrato, para la ejecución de las obras.

- Tras constatarse que la empresa no reiniciaba las obras a pesar de haber sido requerida por el órgano de contratación, el 11 de abril de 2019 se inició el procedimiento de resolución de contrato, ordenándose a la empresa que repusiera el paquete de firme, así como la

instalación de barreras de seguridad en el muro ya ejecutado. Dicha notificación se practicó vía Boletín Oficial, al no ser posible llevar a cabo la misma en la oficina de la empresa, tal y como consta en la diligencia de notificación cursada por funcionaria de este Servicio con fecha 16 de abril de 2019.

- Con motivo de la necesidad de abrir la carretera, la cual consta en los informes técnicos que se citan en los antecedentes del presente informe, y de acuerdo con lo establecido en la LCSP, tras verificarse que la contratista no ejecutaba las obras requeridas, esta Corporación, a través de uno de sus Contratos de Conservación de Carreteras, procedió a ejecutar las mismas, corriendo este Servicio con los gastos ocasionados para ello, gastos éstos que deberán ser retraídos de la garantía definitiva depositada conforme se recogía en el informe técnico motivador del inicio del expediente de resolución del contrato.

De lo expuesto se deduce que no es cierto que esta Corporación haya desistido de la ejecución de las obras, ni haya suspendido la ejecución de las mismas, todo lo más, ha sido la empresa la que ha suspendido de forma unilateral la ejecución de las obras desde el mes de enero de 2019, sin que a pesar de haber recibido las órdenes de iniciar la ejecución de las mismas, haya realizado actividad alguna encaminada a ello.

c) En cuanto a la alegación de que la empresa tiene derecho al abono de un 6% del precio de las obras en concepto de beneficio industrial, es de señalar que no ha lugar a dicha pretensión a la vista de lo que se ha expuesto anteriormente. Asimismo y como consecuencia de ello, tampoco tendría derecho a la devolución de la garantía depositada.

d) Sobre las alegaciones cuarta y quinta relativas a los elementos y equipamiento de seguridad y salud existente en la obra y a los conceptos indemnizatorios que solicita, todo lo cual asciende a la cantidad de 19.887,78 euros y que se corresponden con los siguientes conceptos:

- a. Coste de materiales existentes en la obra 11.227,98 euros.
- b. Garantía de Proyecto 5.299,00 euros.
- c. Efectos de la resolución 3.360,90 euros.

Esta jurídica entiende que no procede ninguno de los conceptos que se solicitan, puesto que en primer lugar, no se observan razones que motiven la existencia de la causa de resolución contractual que alega la parte contratista, motivo éste por el cual, ni procedería la devolución de la garantía depositada ni la indemnización del 6% del precio de las obras. En segundo lugar, el Director Facultativo en su Informe de fecha 6 de agosto de 2019, indica que los elementos de señalización que reclama la empresa ya fueron reconocidos y abonados en las certificaciones emitidas, como reconoce el contratista en el citado escrito, de esta forma, no ha lugar a la reclamación de 11.227,98 euros que se solicitan.

En virtud de lo expuesto, procede desestimar la petición de la resolución de contrato instada por la contratista en su escrito de 28 de junio de 2019 con el número 43883 de registro de entrada».

5. Por todo lo expuesto, este Consejo considera que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, por cuanto procede la resolución del contrato por causa imputable al contratista ex art. 211.f) LCSP, y, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado tercero del art. 213 LCSP, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. Asimismo, el apartado quinto de dicho artículo señala que, en todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida, procediendo en este caso, y así lo prevé la Propuesta de Resolución, la incautación de la totalidad del aval bancario depositado en la Tesorería de la Corporación el 25 de julio de 2018, por importe de 5.299,00 euros, al constatarse que ésta ha tenido que hacer frente a los trabajos dirigidos a la apertura de la carretera, que se encomendaban en la Resolución de fecha 11 de abril de 2019.

Por lo demás, deberá tramitarse en pieza separada la determinación de los daños y perjuicios causados a la Administración, en la que debe concederse nueva audiencia al contratista, como establece el art. 113 RGLCAP, aplicando los criterios establecidos en este precepto.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, pues procede resolver el contrato en virtud de la causa invocada y con los efectos señalados en la misma.