



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 9 de enero de 2020.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana en relación con la *Propuesta de resolución del procedimiento administrativo de resolución del contrato del servicio denominado Lote n.º 2: (...), adjudicado a la entidad (...)* (EXP. 499/2019 CA)*.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por la Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de la Villa de San Bartolomé de Tirajana es la Propuesta de Resolución mediante la que se resuelve el contrato de servicio denominado Lote n.º 2: (...), 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 contrato fue adjudicado y el presente procedimiento fueron iniciados 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 (LPACAP), porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor, y

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

el art. 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. La competencia para resolver el presente expediente de resolución contractual le corresponde al órgano de contratación (art. 212.1 LCSP). En el caso concreto analizado, dicha competencia le corresponde al Pleno Municipal (cláusulas 7.1 y 7.2. del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato administrativo de servicios).

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, plazo que vence el 4 de febrero de 2020, tomando como referencia la fecha en la que se inicia el procedimiento mediante Decreto del Concejal Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda de 4 de junio de 2019.

II

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

- Mediante acuerdo de 3 de agosto de 2018, por el Ayuntamiento en Pleno, se adjudicó a la entidad (...) el Lote n.º 2: (...), formalizándose el contrato el día 2 de octubre de 2018.

- Con fecha 14 de mayo de 2019 el contratista presenta escrito por el que solicita que se resuelva el contrato por mutuo acuerdo de conformidad con lo establecido en el art. 223 c) TRLCSP. A tal efecto señala:

«(...) III. El 30 de abril me fue notificado que:

El retraso en la puesta en marcha del servicio estuvo motivada en la pavimentación de la terraza, obras que han concluido.

Y, que en el plazo de 15 días naturales debe procederse a la firma del acta de inicio y apertura del servicio.

IV. Entre la suscripción del contrato y el requerimiento para la puesta a disposición del servicio han transcurrido más de 6 meses».

- El Técnico Responsable del Servicio emite al respecto informe de fecha 29 de mayo de 2019 donde pone en evidencia los incumplimientos del contratista, destacando que la referida pavimentación fue requerida por el contratista y que, una vez concluida, postergó el inicio del contrato por causas a él imputables.

- Presentado aquel informe, por la Técnico Municipal de Contratación se emite informe el 3 de junio de 2019 sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir, proponiendo la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista.

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

- En virtud del ya citado informe, mediante Decreto del Concejal Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda de 4 de junio de 2019, se acuerda el inicio del procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista conforme al art. 223.f) TRLCSP, concediendo trámite de audiencia a aquél, de lo que recibe notificación el 6 de junio de 2019.

- El 17 de junio de 2019 el contratista presenta escrito de alegaciones oponiéndose a la resolución del contrato por la causa señalada por la Administración.

- Consta Informe-Propuesta de Resolución de 10 de julio de 2019, si bien, posteriormente consta acuerdo Plenario de 8 de agosto de 2019 notificado al contratista de resolución del contrato, con pie de recurso, lo que no sería conforme a Derecho, pues no podrá adoptarse acuerdo resolutorio sino tras la emisión del preceptivo Dictamen de este Consejo, lo que el propio acuerdo plenario prevé.

III

1. En cuanto al fondo del asunto, entendemos que es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, avalada por los 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, teniendo por opuesto a este en el procedimiento, tanto por el propio escrito de iniciación del procedimiento, como por el expreso de oposición presentado en trámite de alegaciones.

Ello se fundamenta adecuadamente en el informe técnico emitido el 3 de junio de 2019, que a su vez transcribe el informe de la Técnico Responsable del Servicio de 29 de mayo del año en curso. Así, procede en este punto transcribir la Propuesta de Resolución que acoge, en virtud de aquellos informes, como causa objetiva de resolución del contrato la recogida en el art. 223.f) TRLCSP [vigente art. 211.f) LCSP, norma aplicable], que se refiere al «*incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato*», y que se concretan en los siguientes hechos:

«En primer término, tal y como se recoge en el informe de la Técnico Responsable del Servicio de 29 de mayo del 2019, el contratista no ha tenido en ningún momento voluntad de iniciar la ejecución del servicio adjudicado, dando constantes largas y evasivas para ello, con argumentos del siguiente tenor: “El adjudicatario manifiesta que no abre el kiosko hasta que no se pavimente la terraza del mismo o se ponga césped artificial ya que el terreno es irregular y que el seguro le pondrá obstáculos en el momento de suscribir la póliza”, argumento que no acredita documentalmente, pero una vez realizada la pavimentación sostiene que los trámites necesarios para la apertura “lo tiene en manos de su gestoría y que eso tardará poco”, por lo que se le requiere nuevamente y manifiesta que “la gestoría está con los trámites y que tardará de uno a dos meses”, añadiendo “que esto no le dará el beneficio que él esperaba, etc (...)”, para seguidamente el pasado 29 de abril sostener que “comenzará con la explotación pero que sólo pondrá bollería, bocadillos, bebidas, cafés e infusiones”, y justo al día siguiente (30 de abril) ya decir abiertamente que “había estado haciendo números y que no le era rentable abrir el kiosko porque habían quitado el mercado de los Domingos y que esto iba a repercutir negativamente en las ventas, por lo que iría a presentar la renuncia por escrito al Ayuntamiento”. De todo ello se desprende de manera clara y nítida que la responsabilidad de la no ejecución del contrato es única y exclusivamente del adjudicatario.

Por otro lado, la cláusula 23 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares -PCAP- “obligaciones del contratista” establece que “A la formalización del contrato los adjudicatarios de cada Lote deberán presentar una póliza de seguro que cubra los daños al inmueble y la responsabilidad civil por los daños causados en personas o cosas”. No consta que se haya suscrito dicha póliza de seguro, ni se acredita documentalmente la imposibilidad de hacerlo.

Asimismo, en la cláusula V, apartado A) “Obras y reparaciones” del Pliego de Prescripciones Técnicas -PPT- se establece que: “como regla general quedan prohibidas las obras por parte del adjudicatario en los locales objeto del contrato. No obstante, si se considera necesaria o conveniente la realización de cualquier obra, ésta deberá contar previamente con la autorización municipal correspondiente. Igualmente se deberá contar con

la previa autorización municipal, respecto de las labores de reparación/conservación del local (la utilización de pinturas, barnices, etc.) al objeto de evitar cambios estéticos no deseados”.

Tras formalizarse el contrato se le hizo entrega al adjudicatario de las llaves del quiosco con la finalidad de ir dotándolo del equipamiento necesario para su apertura, tal y como consta en el expediente administrativo, sin que conste escrito alguno de solicitud de autorización para la realización de obras que el contratista pudiera considerar necesarias para dicha apertura, así como las razones de las mismas con la consiguiente acreditación documental. No se acredita de manera fehaciente y técnica la necesidad de dichas obras para la apertura del servicio. Nada consta en tal sentido, por lo que cabe concluir que el adjudicatario lo que ha pretendido es escudarse en una pretendida necesidad de pavimentación (se reitera que no acreditada documentalmente en momento alguno) para soslayar la responsabilidad asumida contractualmente. Así se deriva del citado informe de la Técnico Responsable del Servicio de fecha 29 de mayo de 2019.

Es claro en consecuencia que por parte de la Administración no se ha incumplido plazo ni obligación alguna tal y como se dice en escritos presentados por el adjudicatario, sino que se puso a disposición del mismo las llaves del quiosco desde el primer momento y ninguna constancia expresa existe por parte del contratista de imposibilidad de prestación del servicio durante todo este tiempo. Por tanto, el adjudicatario pretende ahora una resolución contractual de mutuo acuerdo con base en alegaciones que no se corresponde con la realidad, sus incumplimientos son claros y sin propósito de enmendarlos, por lo que se ha de proceder a la resolución del contrato por causa imputable al contratista.

Todo ello lleva a concluir que el contratista ha incumplido claramente la obligación esencial de realizar la prestación definida en el contrato, siendo por tanto imputable exclusivamente al mismo dicho incumplimiento, lo que debe llevar a la resolución contractual por su causa».

A la vista de los informes emitidos a lo largo de la tramitación del procedimiento, el retraso que el contratista imputa a la Administración para fundar la resolución del contrato por mutuo acuerdo, es sólo imputable a aquél pues, tras haberse presentado a la licitación para la realización del servicio concernido exige unas modificaciones que, luego se comprobó que sólo pretendían prolongar fraudulentamente el comienzo de la ejecución del contrato, «haciendo -mientras-números» para luego concluir que no le era rentable. Ello implica un incumplimiento culpable del contratista del que se infiere, además, cierta mala fe, al implicar la realización de obras que luego devienen inútiles por la Administración, al tiempo que impiden la adjudicación a otras empresas con mejor disposición y verdadera voluntad de cumplimiento.

3. Por todo lo expuesto, este Consejo considera que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, excepción hecha de la normativa aplicable, por cuanto procede la resolución del contrato por causa imputable al contratista, si bien, ex art. 211.f) LCSP, debiendo añadirse además que, 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 de la garantía prestada.

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.

4. Ahora bien, procede aclarar que, frente a la suspensión del plazo de resolución del procedimiento en tanto se emita el dictamen de este Consejo, resulta aplicable nuestra reiterada doctrina, en virtud de la cual (*v.g.* Dictamen 316/2015):

«La doctrina de este Consejo ha venido siendo clara y precisa en el extremo de no avalar la suspensión del plazo de duración durante el transcurso de tiempo previsto para la emisión del correspondiente dictamen, con la consecuencia de considerar caducado el procedimiento tramitado, con la excepción del cómputo del mes de agosto y sus efectos, como anteriormente se manifestó.

No obstante, tal regla general se puede modular “por razones de eficacia y economía”, y asumir la procedencia de la suspensión prevista en el art. 42.5.c) LRJAP-PAC en aras a los principios constitucionales de seguridad y responsabilidad, siempre que por parte de la Administración correspondiente solicitante del dictamen se cumplan los siguientes presupuestos, requisitos y condiciones:

- Que la suspensión no se aplique de forma automática y se acuerde de manera expresa.
- Que la suspensión se motive debidamente y que la instrucción haya sido diligente.
- Que la suspensión se notifique fehacientemente a los interesados antes del vencimiento del plazo para la resolución del procedimiento».

Sin embargo, como hemos señalado, entre otros, en nuestros Dictámenes 304/2018, de 29 de junio y 550/2018, de 4 de diciembre y 262/2019, de 4 de julio, esta doctrina, tras la entrada en vigor de la LPACAP, se ha matizado en el sentido que no cabe suspensión del plazo de caducidad, que se aplica *ope legis*. Por este motivo, este Consejo ha de recordar lo ya señalado, entre otros dictámenes recientes, lo mantenido en los Dictámenes 410/2017, de 7 de noviembre, y 256/2018, de 1 de junio, en los que se indicaba lo siguiente: *«(...) en relación con el plazo de resolución de los procedimientos, en este caso, de resolución contractual, es reiterada la doctrina de este Organismo que, al tratarse de un plazo de caducidad, no cabe su suspensión, tal y como se ha ratificado recientemente -tras la entrada en vigor de la LPACAP, que modificó el plazo de caducidad en otros procedimientos por acuerdo del Pleno de este Consejo Consultivo en sesión celebrada el 30 de octubre de 2017. Por ello, el transcurso del plazo legalmente establecido -tres meses- producirá el señalado efecto, con la consiguiente necesidad de proceder a la declaración de caducidad y la adopción, en su caso, de un nuevo acuerdo de inicio del procedimiento revisor. Solo cabe suspender o ampliar el plazo para resolver por causas tasadas que, además, han de interpretarse restrictivamente en su aplicación, sin poderse interferir u obviar el control jurisdiccional (...).»*.

No procede además, confundir el dictamen del Consejo Consultivo con un informe, incluido el que eventualmente deba emitir el Servicio Jurídico de la Administración actuante ni, desde luego, con los informes que procede emitir en fase de instrucción del procedimiento a los fines que le son propios (DCCC 304/2013, 363/2013, 389/2013, 427/2013 y 151/2014, 139/2015, 316/2015 entre otros), determinantes del contenido de la resolución, pues este Consejo dictamina justamente la propuesta y a tales efectos, el Consejo Consultivo no es «Administración activa», condición a la que se anuda la efectividad del precepto invocado.

Por lo expuesto, la suspensión acordada no resulta acorde con el Ordenamiento jurídico; debe pues, considerarse, que se suspendió indebidamente el procedimiento resolutorio tramitado y, en consecuencia, continúa transcurriendo el plazo de ocho meses previsto en el art. 212.8 LCSP en los términos expuestos en el apartado anterior de este Dictamen.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución por la que se resuelve el contrato de servicio denominado Lote n.º 2: (...), adjudicado a la entidad mercantil (...) es conforme a Derecho, sin perjuicio de las observaciones y los efectos previstos en el presente Dictamen.