



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 5 2 / 2 0 2 0

(Sección 2ª)

La Laguna, a 13 de febrero de 2020.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Hacienda, Presupuestos y Asuntos Europeos del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de servicios consistente en la realización de «Tres controles de ayudas del Fondo Operativo de Organización de Productores de Frutas y Hortalizas», suscrito con la entidad (...) (EXP. 14/2020 CA)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El presente dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Hacienda, Presupuestos y Asuntos Europeos, tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la propuesta de resolución por la que se acuerda la resolución del contrato administrativo de servicios suscrito el día 29 de noviembre de 2018, con la entidad mercantil (...) y que tenía por objeto «(...) *la realización de “Tres controles de ayudas de(I) FONDO OPERATIVO DE ORGANIZACIÓN DE PRODUCTORES DE FRUTAS Y HORTALIZAS”, con el fin de prestar los servicios profesionales para la colaboración con la Intervención General de Canarias, en la realización de las auditorías de las ayudas financiadas por el Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA), al amparo del Reglamento (UE) nº 1306/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, pagadas a los beneficiarios en el ejercicio financiero 2017 (16 de octubre de 2016 a 15 de octubre de 2017)*» (Cláusula primera del pliego de cláusulas administrativas particulares).

2. La legitimación para la solicitud de dictamen le corresponde al Excmo. Sr. Consejero de Hacienda, Presupuestos y Asuntos Europeos del Gobierno de Canarias

---

\* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

(art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias -en adelante, LCCC-).

Asimismo, es competencia del Consejo Consultivo la emisión, con carácter preceptivo, de dictamen en los supuestos de «(...) nulidad, interpretación, modificación y resolución de los contratos administrativos en los casos previstos en la normativa general de contratación administrativa» [art. 11.1.D, apartado c) LCCC]. En este sentido, el art. 191.3, letra 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 2014 (en adelante, LCSP, texto legal aplicable al presente supuesto de acuerdo con lo establecido en la cláusula 3.1. del pliego), señala que «(...) será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación: a) La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista». Circunstancias éstas que concurren en el presente procedimiento administrativo - incluida la oposición del contratista-.

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 a la Secretaría General Técnica de la Consejería de Hacienda, Presupuestos y Asuntos Europeos del Gobierno de Canarias [cláusulas 2.1 y 2.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato administrativo de servicios, en relación con el art. 22.2, letra q) del Decreto territorial 86/2016, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la citada Consejería].

4. En cuanto al régimen jurídico aplicable, se ha de estar a lo preceptuado por la cláusula 3.1 del pliego:

*«La contratación a realizar se califica como contrato de servicios de carácter administrativo, de conformidad con lo establecido en los artículos 17 y 25 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (...), quedando sometida a dicha ley, a las normas reglamentarias que la desarrollen, y a las cláusulas contenidas en el presente pliego de cláusulas administrativas particulares y en el de prescripciones técnicas. Asimismo, serán de aplicación las demás disposiciones estatales que regulan la contratación del sector público, y las dictadas por la Comunidad Autónoma de Canarias, en el marco de sus respectivas competencias».*

5. En lo que se refiere al plazo máximo para resolver, se entiende que el presente procedimiento administrativo de resolución contractual no está caducado.

Respecto a esta cuestión, el art. 212.8 LCSP, prevé un plazo máximo de ocho meses para instruir y resolver los expedientes de resolución contractual. Plazo que no se ha superado en el presente supuesto, al haberse incoado de oficio el actual procedimiento el día 17 de junio de 2019 y no haber transcurrido aún el precitado plazo.

## II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento administrativo y que constan documentados en el expediente remitido son los siguientes:

1.- Con fecha 29 de noviembre de 2018, se procede a la formalización del contrato administrativo de servicios (documento n.º 1 del expediente) consistente en la realización de «*Tres controles de ayudas del FONDO OPERATIVO DE ORGANIZACIÓN DE PRODUCTORES DE FRUTAS Y HORTALIZAS*», con (...), actuando en calidad de administrador único de la empresa (...), comprometiéndose, con estricta sujeción, al pliego de cláusulas administrativas particulares (documento n.º 2) y a las prescripciones técnicas del mismo (documento n.º 3) y en las condiciones contenidas en su oferta, a realizar dicho servicio.

2.- En aplicación del apartado segundo, párrafo segundo de la cláusula 18ª del pliego de cláusulas administrativas particulares, la empresa adjudicataria, mediante autorización de fecha 14 de noviembre de 2018, optó por constituir la garantía mediante la retención en la primera factura.

3.- Con fecha 15 de enero de 2019, se contabilizó el documento contable O 382598, con el que se abonó la factura n.º 181202, de la empresa adjudicataria, por un importe de 2.224,53 euros. En dicho documento fue retenida la cantidad de 825 euros en concepto de garantía definitiva.

4.- El día 19 de marzo de 2019, tiene entrada en la Consejería de Hacienda, Presupuestos y Asuntos Europeos escrito de la empresa contratista, por el que se renuncia al trabajo encomendado y se solicita la resolución del contrato administrativo de referencia (documento n.º 4).

5.- Con fecha 20 de marzo de 2019, se da traslado del escrito de renuncia de la empresa contratista al responsable del contrato (cláusula 20 del pliego) a los efectos de que éste emita informe respecto a lo alegado por la entidad mercantil (...).

6.- Con fecha 21 de marzo de 2019, la responsable del contrato, emite informe respecto a la solicitud de renuncia al contrato administrativo de servicios presentada por la empresa contratista (documento n.º 5). Dicho informe es firmado, asimismo, por la Interventora General, *«en conformidad con la responsable del contrato»*.

7.- Con fecha 22 de marzo de 2019, se remite el informe de la responsable del contrato/Intervención General a la empresa adjudicataria, a los efectos de que ésta formule las alegaciones que tenga por convenientes en aras a la defensa de sus propios intereses.

8.- El día 28 de marzo de 2019, se reciben las alegaciones de la empresa contratista al informe emitido por la responsable del contrato (documento n.º 6).

9.- Con fecha 6 de abril de 2019, la responsable del contrato emite un nuevo informe, en el que, entre otras cuestiones, propone iniciar expediente de resolución del contrato por causa imputable al contratista (documento n.º 7). Dicho informe es firmado, nuevamente, por la Interventora General, *«en conformidad con la responsable del contrato»*.

10.- Con fecha 3 de mayo de 2019, se notifica a la empresa adjudicataria las alegaciones emitidas por la responsable del contrato/Intervención General.

11.- Con fecha 12 de junio de 2019, el órgano de contratación (Secretaría General Técnica) remite escrito a la responsable del contrato de referencia, en el que se le solicita que informe y valore los daños y perjuicios ocasionados por el contratista al no haber cumplido con lo establecido en el objeto del contrato.

12.- Finalmente, el día 14 de junio de 2019, la responsable del contrato emite informe de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración Pública por causa imputable al contratista, valorándolos en el 20% del importe del contrato (documento n.º 8).

### III

En cuanto a la tramitación del expediente de resolución contractual, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1.- Mediante Resolución n.º 365, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Hacienda, de 17 de junio de 2019, se acuerda incoar procedimiento

administrativo para la resolución del contrato administrativo de servicios suscrito el día 29 de noviembre de 2018 con la entidad mercantil (...). Asimismo, y en virtud de dicha resolución, se acuerda la apertura del trámite de audiencia a la empresa contratista a los efectos de que ésta pueda alegar lo que estime conveniente a sus intereses (documento n.º 9).

La notificación a la empresa contratista de la precitada resolución administrativa de 17 de junio de 2019 se produce el día 3 de julio del mismo año.

2.- Con fecha 11 de julio de 2019, la empresa contratista formula escrito de alegaciones, solicitando que se declare la nulidad de la propuesta de resolución.

3.- Mediante Resolución n.º 422, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Hacienda, de 17 de julio de 2019, se acuerda rectificar el error material padecido en la anterior Resolución n.º 365, de 17 de junio de 2019, relativo al importe de la penalización (documento n.º 11).

Dicha corrección de errores materiales es notificada a la empresa contratista con fecha 23 de julio de 2019.

4.- Mediante oficio de 29 de octubre de 2019 (con registro de entrada en este órgano consultivo el mismo día), el Excmo. Sr. Consejero de Hacienda, Presupuesto y Asuntos Europeos solicita la emisión del dictamen preceptivo del Consejo Consultivo al amparo de lo dispuesto en la LCCC.

5.- Con fecha 28 de noviembre de 2019, se emite Dictamen n.º 439/2019, de este Consejo Consultivo en el que se advierte la existencia de diversas deficiencias en el procedimiento administrativo de resolución contractual que han de ser subsanadas.

6.- Finalmente, a través de oficio de 22 de enero de 2020 del Excmo. Sr. Consejero de Hacienda, Presupuesto y Asuntos Europeos se vuelve a solicitar la emisión del dictamen preceptivo del Consejo Consultivo.

## IV

1. En lo que se refiere al fondo del asunto, se pretende por la Administración Autonómica la resolución del contrato administrativo de referencia al estimar que concurre la causa de resolución contemplada en el art. 211.1, letra f) LCSP, consistente en el incumplimiento por parte del contratista *«(...) de la obligación principal del contrato»*.

Se fundamenta la aplicación de esta causa en el cese unilateral del contratista en la prestación de los servicios; siendo manifestación expresa de dicho cese, el escrito de renuncia presentado por el representante de la empresa contratista con fecha 19 de marzo de 2019, en el que se renunciaba al contrato y solicitaba al órgano de contratación la resolución del contrato de referencia.

2. El contratista, por su parte, señala que se ha *«(...) visto obligado a tomar esta decisión ante la imposibilidad manifiesta de poder desarrollar nuestro trabajo con total normalidad, debido a las actuaciones y decisiones innecesarias, y en ocasiones irracionales, llevadas a cabo por la responsable del servicio de control financiero, y también responsable del contrato: bloqueo de propuestas de mejora del contrato; convocar a una reunión a 6 personas, un día y hora por ella decidida, y sin consenso; requerimiento de información detallada de las horas dedicadas por el equipo de trabajo que supone una injerencia en la organización interna de nuestra empresa, etc.»*.

De esta manera, el contratista viene a indicar que tal imposibilidad de desarrollo normal de la prestación objeto del contrato de servicios -como consecuencia de la actuación de la responsable del contrato-, es la que ha llevado a aquél a renunciar al contrato administrativo de servicios adjudicado el día 29 de noviembre de 2018. Por lo que dicha renuncia es causa fundada para la resolución del contrato al estar sustentada la misma en el previo incumplimiento de la Administración, al haber imposibilitado al contratista la ejecución de las prestaciones en los términos inicialmente pactados.

3. Una vez examinado el contenido del expediente remitido a este Consejo Consultivo, se entiende que concurre la causa legal de resolución esgrimida por la Administración Pública Autonómica.

En este sentido, y dada la identidad con otros supuestos similares al analizado en el presente caso, resulta oportuno reproducir la doctrina sentada por este Consejo Consultivo en relación con la renuncia unilateral al contrato por parte del contratista. Así, en el dictamen n.º 196/2015, de 21 de mayo, este Organismo consultivo tuvo ocasión de indicar lo siguiente:

*«En el presente procedimiento concurre la causa de resolución contractual prevista en el art. 223.f) TRLCSP, considerando que el cese unilateral por la concesionaria de la prestación a la que venía obligada constituye un incumplimiento de la obligación más esencial del contrato, que es precisamente la realización de la prestación, sin que sus consideraciones acerca de los incumplimientos que imputa a la Administración la habiliten para la renuncia que llevó a efecto, abandonando la prestación del servicio. A estos efectos, es preciso tener en cuenta que, como de forma reiterada ha establecido la jurisprudencia del Tribunal*

*Supremo (SSTS de 11 de octubre de 1982 y 19 de junio de 1984, entre otras), aún en el supuesto de tales incumplimientos efectivamente existieran, ello no habilita a la concesionaria a incumplir sus propias obligaciones ni la habilitan, por lo tanto, para renunciar o abandonar el servicio, pretendiendo de esta forma la resolución del contrato por su sola voluntad.*

*(...)*

*En definitiva, se ha producido un incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato, entre las que de forma indubitada se encuentra la de prestar el servicio que constituye su objeto, lo que habilita a la Administración, como pretende, para resolver el contrato por causa imputable a la concesionaria».*

En idéntico sentido se pronunció el dictamen n.º 199/2004, de 11 de noviembre:

*«Hay que coincidir con la propuesta de resolución que el cese unilateral por el contratista de la prestación a la que venía obligado por el contrato constituye un incumplimiento de la obligación más esencial del contrato que es precisamente la realización de esa prestación, por cuya razón concurre la causa de resolución tipificada en el art. 111.g) TRLCAP. En estos mismos términos se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 27/1999, de 30 de junio, según indica la propia Administración; y es que, ciertamente, si no cabe suspender unilateralmente la ejecución de un contrato por el contratista, ni siquiera invocando un supuesto incumplimiento de contrario, en virtud de la inaplicación de la conocida regla “exceptio non adimpleti contractus”, salvo en supuestos tasados, menos aún cabe admitir que pueda aquél dejar de prestar su prestación esencial (...).».*

Finalmente, el dictamen n.º 641/2009, de 10 de noviembre, viene a corroborar lo ya manifestado anteriormente, al indicar que *«(...) el cese unilateral por el contratista de la prestación a la que venía obligado por el contrato constituye un incumplimiento de la obligación más esencial del contrato, que es precisamente la ejecución del mismo, con la realización de la obra contratada, por cuya razón concurre la causa de resolución tipificada en el art. 206.g) LCSP».*

En definitiva, concurre en el presente supuesto la causa de resolución alegada por la Administración, pues la empresa contratista ha incumplido, por causa imputable a la misma, la obligación principal y esencial de prestar el servicio, al haber renunciado al contrato con el consiguiente cese de la actividad (art. 211 de la LCSP en relación con la cláusula 32 del Pliego).

4. Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, cabe volver a reiterar lo ya manifestado por la propia Viceconsejería de los Servicios Jurídicos del Gobierno de

Canarias en su informe de 5 de noviembre de 2019, al advertir que *«en el borrador de resolución trasladado no se incorporan, y debe constar en ella, los argumentos por los cuales el órgano de contratación desestima las alegaciones formuladas por el contratista en el trámite de audiencia; con lo que se incumple lo dispuesto en el art. 88.1 Ley 39/2015, que mandata que la resolución que ponga fin al procedimiento decida sobre todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo; debiendo asimismo recordar que el artículo 88.3 Ley 30/2015 exige que la resolución que ponga fin al procedimiento deberá ser motivada en los casos, como en el que nos ocupa, en los que se restringe la esfera jurídica de los interesados (artículo 35.1 a) Ley 39/2015), y que la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma (artículo 88.6 Ley 39/2015)».*

5. Respecto a los efectos de la resolución contractual se ha de indicar lo siguiente.

5.1. De acuerdo con lo establecido en el art. 213.3 de la LCSP *«cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada».* Debiéndose tener en cuenta, además, 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»* (art. 213.5 LCSP).

Así pues, la culpabilidad en los incumplimientos contractuales producidos determina la incautación al contratista de la garantía definitiva, así como la fijación de la indemnización de los daños y perjuicios causados, en el importe que exceda del de la garantía incautada que eventualmente hubiere de abonar el contratista, previa audiencia del mismo (art. 113 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).

5.2. De las actuaciones practicadas, se deduce la existencia de un informe de valoración de daños elaborado por la Jefa de Servicio de Control Financiero de Fondos Europeos Agrícolas, con fecha 14 de junio de 2019, en el que la responsable del contrato concluye lo siguiente: *«la valoración económica del daño asciende al importe abonado al contratista por el pago parcial del 20% del contrato. Procede la incautación de la garantía constituida y reclamar la diferencia».*

Dicho informe se recoge en el antecedente duodécimo de la Resolución n.º 365, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Hacienda, de 17 de junio de 2019, por la que se acordó la incoación del procedimiento administrativo para la resolución del contrato administrativo de servicios suscrito el día 29 de noviembre de 2018 con la entidad mercantil (...).

Pues bien, habiendo sido notificada dicha resolución al contratista y, por tanto, habiendo tenido conocimiento de su existencia y contenido (sin que se hubiese formulado alegación alguna al respecto), se ha de entender cumplido el trámite de audiencia previsto en el art. 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos.

Asimismo, se ha cumplido con lo dispuesto en el art. 213, apartados 3º y 5º LCSP (párrafo segundo del apartado dispositivo de la propuesta de resolución).

5.3. Por lo demás, y respecto al contenido de la parte dispositiva de la propuesta de resolución, resulta oportuno formular la siguiente observación.

Tal y como se desprende del propio pliego de cláusulas administrativas particulares (cláusula 25), y ante un eventual incumplimiento del contratista, la ley del contrato prevé la opción (para el órgano de contratación) de resolver el contrato -con incautación de la garantía constituida- o bien de imponer penalizaciones económicas. Sin embargo, en ningún momento se establece la posibilidad de resolver el contrato e imponer penalidades al contratista de forma simultánea.

En este sentido, es especialmente esclarecedor lo manifestado por este Consejo Consultivo en su dictamen 165/2016, de 24 de mayo, al señalar que *«en atención a la resolución que se propone y los efectos de ésta, es importante advertir que no se puede confundir el procedimiento de imposición de penalidades con el procedimiento de resolución del contrato»*; de tal manera que *«(...) si bien es cierto que la entidad adjudicataria ha cometido las infracciones que se indican en la Propuesta de Resolución, de acuerdo con la normativa aplicable, si la Administración opta por resolver el contrato no podrá imponer paralelamente las penalidades descritas en la cláusula 28 PCAP, al resultar incompatible con los efectos que una resolución contractual produce»* (en el mismo sentido se apunta en el dictamen n.º 417/2018, de 11 de octubre).

## CONCLUSIÓN

La propuesta de resolución por la que se acuerda la resolución del contrato administrativo de servicios suscrito con fecha 29 de noviembre de 2018 con la entidad mercantil (...), se entiende que es conforme a Derecho, sin perjuicio de las observaciones formuladas en el Fundamento IV de este Dictamen.