



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 17 de septiembre de 2020.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de resolución del contrato de servicios para la redacción del proyecto y dirección de las obras de «AMPLIACIÓN URBANIZACIÓN DEL CEMENTERIO MUNICIPAL, en el término municipal de Vilaflor», adjudicado a la UTE (...) (EXP. 284/2020 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 Insular de Tenerife, es la Propuesta de Resolución del contrato de servicios para la redacción del Proyecto y dirección de las obras de «*Ampliación Urbanización del Cementerio Municipal*», T.M. de Vilaflor, adjudicado a la UTE (...).

2. La legitimación para la solicitud de dictamen y la competencia del Consejo para su emisión, se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.d) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 211.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), de carácter básico, y con el art. 109.1.d), asimismo básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; normas de referencia toda vez que, al amparo de lo establecido en la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 9/2017, de 18 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

* Ponente: Sra. de León Marrero.

2014 (LCSP), los contratos adjudicados antes de su entrada en vigor, se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, por la normativa anterior (TRLCSLP), habiendo sido adjudicado el contrato que nos ocupa el 27 de septiembre de 2017.

3. El art. 211.3 TRLCSLP dispone que, cuando se formule oposición por parte del contratista, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano equivalente autonómico. Si bien en las alegaciones del contratista no se ha formulado expresa oposición a la resolución del contrato, se ha esgrimido una causa distinta a la propuesta por el servicio gestor en la resolución de inicio (por causa imputable al órgano de contratación), por lo que se ha de considerar que no existe conformidad plena por parte del contratista, permitiendo calificarlo como oposición del mismo, por lo que se considera preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo.

4. En cuanto al procedimiento de resolución contractual propiamente dicho, es aplicable el plazo de ocho meses para resolver el expediente en virtud de lo dispuesto en el art. 212.8 LCSP. Así, el transcurso del plazo máximo determinaría, en caso de producirse, la caducidad del procedimiento (STS de 9 de septiembre de 2009). Plazo que no se ha superado en el presente supuesto, pues el procedimiento se inició por Resolución de fecha de 11 de mayo de 2020. Por otra parte, toda vez que el expediente tuvo entrada en este Consejo Consultivo el 15 de julio pasado, debe recordarse la doctrina de este Consejo por cuya virtud, no procede computar el mes inhábil de agosto (por todos, DCC 316/2015).

II

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

1. Mediante acuerdo del Consejo de Gobierno Insular, de 27 de septiembre de 2017, se adjudicó a la UTE (...) el contrato de servicios para la redacción del Proyecto y dirección de las obras de «*Ampliación Urbanización del Cementerio Municipal*», T.M. de Vilaflor, formalizándose el contrato el día 20 de noviembre de 2017.

2. El proyecto fue presentado en formato digital (CD) en el Cabildo Insular de Tenerife el día 24 de abril de 2018, habiendo sido informado favorablemente por el Servicio Administrativo de Cooperación Municipal y Vivienda.

3. Con fecha de 25 de febrero de 2019 se procede al abono de la factura por la redacción del proyecto por importe de 19.701,37 € (IGIC incluido), una vez entregado éste e informado favorablemente.

4. En el informe técnico del Servicio Administrativo de Cooperación Municipal y Vivienda de 3 de abril de 2020, se deja constancia de, que, con fecha 15 de enero de 2019, el Servicio Técnico de Carreteras y Paisaje emitió informe desfavorable sobre el mencionado proyecto, porque resulta preceptivo que el proyecto incluya un estudio de tráfico que dé soporte al diseño que finalmente resulte de aplicación para el acceso directo. Tras la entrega del mismo en el Servicio Técnico de Carreteras y Paisaje, se dictó el 2 de marzo de 2020 Resolución del Director Insular de Carreteras, autorizando la ejecución de la obra, si bien siempre que se atienda al diseño incluido en el estudio de tráfico.

5. Como consecuencia de ello, se propone por parte del Servicio Gestor la modificación del contrato para que el proyecto se coordine con la solución autorizada de acceso rodado desde la TF-5, cuantificando la misma en 2.583,83 € (7,0170 %) más IGIC, lo que hace un total de 2764,10 €.

Dado que el contrato de servicios contempla tanto el proyecto como la dirección de las obras, se solicita la contratación de las modificaciones antes expuestas.

6. El objeto de la modificación del contrato, conforme señala el informe de 3 de abril de 2020 del Servicio de Cooperación Municipal y vivienda consiste en:

«El objeto de la modificación de contrato es la adecuación del Proyecto AMPLIACIÓN Y URBANIZACIÓN DEL CEMENTERIO MUNICIPAL DE VILAFLOR (T.M. DE VILAFLOR DE CHASNA), a la Resolución otorgando autorización para la ejecución de las citadas obras dictada el 2 de marzo de 2020, por el Director Insular de Carreteras del Área de Carreteras, Movilidad e Innovación y a fin de cumplir el condicionado expresado en el mismo.

La modificación del proyecto se refiere a la urbanización asociada directamente al edificio, para que se coordine con la solución autorizada del acceso rodado desde la TF-5. El proyecto del acceso, por motivo de titulación competente para su desarrollo, será objeto de un contrato independiente.

La ordenación de los aparcamientos se estructura de forma diferente a la contemplada en el proyecto a modificar. El desplazamiento del punto de acceso al extremo sur del frente a la TF-51 de la parcela y la inferior cota de nivel existente en este punto, fuerza a modificar el trazado de las rampas exteriores previstas para la accesibilidad peatonal, tanto al nuevo como al antiguo cementerio. El contorno de estas rampas se constituye como límite

entre las actuaciones de arquitectura e ingeniería, precisándose abordar las siguientes cuestiones:

Rediseño de las rampas exteriores.

Eliminar del proyecto y del presupuesto las obras externas al ámbito definido anteriormente.

Como excepción, se mantendrán las partidas de alumbrado exterior necesarias para alumbrar el recorrido accesible desde el aparcamiento.

Coordinación con el proyecto de ingeniería, coordinando las soluciones de los puntos de contactos, en especial el soporte estructural de las rampas, y homogeneizando la base de precios para la contratación.

(...).

PRESUPUESTO DE LA MODIFICACIÓN.

Lo honorarios de modificación se han calculado siguiendo el criterio de la proporcionalidad respecto del contrato firmado conforme al siguiente detalle

HONORARIOS MODIFICACIÓN

| <i>Concepto</i> | <i>Importe PEM (€)</i> | <i>PBL con IGIC (€)</i> | <i>Porcentajes</i> |
|--|------------------------|-------------------------|--------------------|
| <i>Cementerio-Tanatorio</i> | <i>685.063,36</i> | | <i>82,84 %</i> |
| <i>Urbanización</i> | <i>111.797,88</i> | | <i>13,52 %</i> |
| <i>Seguridad y Salud /Residuos/Calidad</i> | <i>30.101,62</i> | | <i>3,64 %</i> |
| <i>Suma:</i> | <i>826.962,85</i> | <i>1.052.971,80</i> | <i>100,00 %</i> |

| <i>HONARIOS CONTRATO</i> | <i>IMPORTE (€)</i> | <i>Igic (€)</i> | <i>TOTAL (€)</i> |
|--------------------------|--------------------|-----------------|------------------|
| <i>Redacción</i> | <i>18.412,50</i> | <i>1.288,87</i> | <i>19.701,37</i> |

| <i>HONARIOS MODIFICACIÓN</i> | <i>IMPORTE (€)</i> | <i>Igic (€)</i> | <i>TOTAL (€)</i> |
|------------------------------|--------------------|-----------------|------------------|
|------------------------------|--------------------|-----------------|------------------|

| | | | |
|---|------------------|---------------|----------------|
| <i>Redacción (Adecuación urbanización)</i> | <i>18.412,50</i> | | |
| <i>Porcentaje incidencia en presupuesto</i> | <i>14,03 %</i> | | |
| <i>Honorarios proporcionales:</i> | <i>2.583,27</i> | <i>180,83</i> | <i>2764,10</i> |

Por tanto, se ha estimado que los trabajos a llevar a cabo por el contratista para adaptar el proyecto a las exigencias del Área de Carreteras de esta corporación exceden de las obligaciones derivadas del contrato originario, atendiendo a la dimensión de las mismas».

7. Tras dar audiencia al contratista el 21 de abril de 2020 respecto de la modificación propuesta, éste, con fecha de 23 de abril, muestra su disconformidad, señalando que, en lugar de los 2.764,10 € propuestos, se propone el abono de 8.254,03 € y en lugar de los 45 días de plazo de ejecución propuestos, se estima dicho plazo en 2 meses.

8. El día 24 de abril la Administración se vuelve a dirigir al contratista señalándole que, toda vez que se trata de precios previstos en el contrato originario, redacción urbanización exterior, los precios aplicables a la modificación son los precios previstos en el contrato originario, obviamente con la reducción porcentual de la baja ofertada por los licitadores. En cuanto al plazo, se estima que el plazo de 45 días propuesto es más que suficiente para la elaboración de los nuevos trabajos.

9. El día 28 de abril la UTE (...) remite correo electrónico en el que mantiene su disconformidad a la propuesta remitida y confirmando los extremos ya expuestos: precio de la modificación 8.254,03 € y plazo para la redacción, 2 meses.

III

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

1. En fecha de 11 de mayo de 2020, se dicta Resolución del Consejero de Cooperación Municipal y Vivienda, de inicio del procedimiento de resolución del contrato, al considerar que el contratista estaría incumpliendo la ejecución de la prestación, toda vez que el art. 223 TRLCSP, establece en el apartado h), como una de las causas de resolución del contrato: *«las establecidas expresamente en el contrato»*, y la cláusula 31.2 del PCAP señala que: *«Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido parcialmente la ejecución de las prestaciones definidas en el*

contrato, el órgano de contratación podrá optar, indistintamente, por su resolución o por imponer penalidades».

2. Conferido trámite de audiencia al contratista, éste, con fecha de 25 de mayo de 2020, presenta escrito de alegaciones, en las que tras una serie de argumentaciones técnicas y jurídicas, solicita que: *«Se tenga en consideración el presente escrito y se reconozca y desarrolle el procedimiento de resolución del contrato de servicios para la redacción del proyecto y dirección de las obras de “ampliación y urbanización del cementerio municipal”, en el término municipal de Vilaflor, adjudicado a la UTE (...), por acuerdo del Consejo de Gobierno Insular de 27 de septiembre de 2017, por causa imputable al órgano de contratación, al no poder ejecutarse el contrato -por vicio en éste, entendemos que, de forma- en los términos previstos en el mismo, el TRLCSP y su reglamento».*

3. Por el Servicio Administrativo de Cooperación Municipal y Vivienda se emite informe técnico en relación con la disconformidad planteada por el contratista, proponiendo la resolución del contrato por incumplimiento del contratista. El informe señala, en extracto, lo siguiente:

«El proyecto se informó favorablemente al estar conforme al pliego de contratación, que no preveía actuar en el acceso al cementerio existente. Un informe sectorial posterior del Servicio de Carreteras, como se indica en los antecedentes, condicionó la autorización de la obra primero a la realización de un estudio de tráfico por técnico competente.

El estudio de tráfico recoge una solución de acceso autorizable diferente del acceso actual, y, en consecuencia, el Servicio de carreteras autoriza el proyecto de Ampliación del Cementerio siempre que se adapte al Estudio de Tráfico que aprueba. Esta adaptación solo afecta a la urbanización interior de la parcela, el acceso y los aparcamientos de los que depende el cálculo de la IMD de la carretera TF-51; no afecta a la edificación proyectada, que es el elemento principal del proyecto y la actuación recogida en el Plan de Cooperación a las obras y servicio de competencia municipal 2014-2017, pero su viabilidad depende del nuevo acceso.

No disponiéndose de documento para contratar la obra, no se ha realizado ningún contrato por el que pudieran ocasionarse afecciones a terceros ni reclamaciones al Cabildo Insular de Tenerife.

La consecuencia directa derivada de la resolución del contrato de servicios es el incremento del tiempo que se requiere para iniciar la contratación de la obra prevista en el proyecto. Además del tiempo requerido para el expediente de resolución del contrato se precisa realizar un nuevo contrato de servicios para adjudicar la dirección de las obras, así como los ajustes necesarios en la urbanización.

El incumplimiento parcial se deriva del hecho de no aceptar las condiciones de la propuesta de modificación del contrato realizada por este servicio, lo que manifiesta la UTE (...) en su escrito presentado el 24/05/2020».

4. El 4 de junio de 2020 se emite informe técnico relativo a la determinación de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración como consecuencia del incumplimiento del contratista, concluyendo la inexistencia de los mismos.

5. Con igual fecha se emite Informe-Propuesta de Resolución en el que, pormenorizadamente se refutan cada uno de los argumentos opuestos por el contratista a la resolución propuesta, emitiéndose el 7 de julio de 2020 informe jurídico favorable al respecto.

IV

1. La Propuesta de Resolución determina la procedencia de la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, teniendo por opuesto a aquél en el procedimiento.

2. A los efectos de determinar si efectivamente se ha producido el incumplimiento de las prestaciones establecidas en el contrato, resulta fundamental traer a colación lo dispuesto en la cláusula 9.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas («*Redacción del proyecto*»), concretamente el apartado denominado: «*trabajos complementarios, coordinación, modificaciones y correcciones*» en el cual se contempla que: «*En concreto, en el caso que el Proyecto se desarrolle en el ámbito de un Bien de Interés Cultural (zonas de casco histórico, patrimonio arqueológico, etc.), que afecten a alguna Carretera Insular, o que afecten a infraestructuras hidráulicas, será preceptivo contratar las propuestas de los proyectos con la Unidad de Patrimonio Histórico, con el Servicio Técnico de Carreteras del Cabildo Insular o con el Consejo Insular de Aguas del Cabildo Insular, Gobierno de Canarias y Sociedad Insular para la Promoción del Minusválido, S.L., etc.*

Las modificaciones que, en su caso, hubiera que realizar en el Proyecto, como consecuencia del trámite, o de alegaciones presentadas durante el proceso de tramitación de su aprobación, corresponderá ejecutarlas al Contratista, entendiéndose comprendidas en este contrato».

3. En virtud de la cláusula 4.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, tienen naturaleza contractual: el propio Pliego de Cláusulas Administrativas, el Pliego de Prescripciones Técnicas, los documentos anexos, la

proposición presentada así como el documento de formalización del contrato, siendo todo ello de obligado cumplimiento.

Por tanto, las modificaciones del proyecto que instó la Administración al contratista forman parte del propio contrato, y en tales condiciones se deben realizar. A todo ello se ha opuesto el contratista, primero exigiendo una cantidad que no es proporcional con lo licitado en el contrato original y después, solicitando, directamente, la resolución del contrato por causa imputable al órgano de contratación.

4. La cláusula número 31 del pliego que rige la contratación, dispone:

«(...) 31.2. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido parcialmente la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato, el órgano de contratación podrá optar, indistintamente, por su resolución o por imponer penalidades».

En este caso, dada la voluntad manifestada de forma reiterada por el contratista, sobre la no ejecución de la modificación por el precio propuesto, opta la Administración por iniciar el procedimiento de resolución contractual, como consecuencia de que el contratista, *«en dos ocasiones, ha manifestado su negativa a realizar la modificación por el precio del contrato, habiéndose probado la inviabilidad jurídica de la actualización del precio, se estima que estaría incumpliendo la ejecución de una prestación que conforme a la legislación expuesta resulta de obligado cumplimiento».*

Así, alega la Administración como causa de resolución, el incumplimiento parcial de las prestaciones definidas en el contrato previsto, dado que, efectivamente, por un lado, una de las prestaciones objeto del contrato consiste en la redacción del proyecto de ampliación del cementerio del municipio de Vilaflor y del aparcamiento con sus accesos correspondientes (urbanización), pero también se incluye entre las obligaciones contractuales la de la modificación del proyecto en virtud de los informes técnicos que se emitan.

Ello se fundamenta, adecuadamente, en la Propuesta de Resolución, debiendo destacarse que en ella se propone aplicar la causa de resolución prevista en la letra h) del art. 223 TRLCSP, relativa a *«las establecidas expresamente en el contrato».*

5. La modificación del proyecto a que se niega el contratista en los términos propuestos por el gestor, derivan del informe emitido por el Servicio Técnico de Carreteras y Paisaje como consecuencia de los cambios que se debían llevar a cabo en el proyecto, en base al estudio de tráfico que se realizó y del que se derivó la necesaria adaptación de la zona exterior del cementerio, que forma parte del objeto

del contrato del proyecto, para adecuarse al acceso que se contrató de forma independiente.

El art. 222.1 TRLCSP establece:

«El contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación».

Se deriva de los informes obrantes en el expediente y de las propias alegaciones del contratista que no se ha producido tal cumplimiento.

6. Por todo lo expuesto, este Consejo considera que procede la resolución del contrato por causa imputable al contratista, ex art. 223.h) TRLCSP.

7. En relación con los efectos de la resolución del contrato, determina el art. 225 TRLCSP lo siguiente:

«(...) 3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.

4. 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. Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable».

En este caso, procede la devolución de la garantía prestada, en virtud de lo señalado en el informe de 4 de junio de 2020, que concluye la ausencia de daños y perjuicios a la Administración derivados del incumplimiento del contratista, y así lo prevé la Propuesta de Resolución.

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 con los efectos previstos en ella.