



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 2 de junio de 2021.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Yaiza en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato del Proyecto «CANCHAS MULTIUSO EN PECHIGUERA (PLAYA BLANCA) Y BARRANCO DEL PUENTE (FEMÉS)», Lotes n.º 1 y n.º 2, adjudicado (...) (EXP. 280/2021 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado el 5 de mayo de 2021 por oficio del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Yaiza, con entrada en el Consejo Consultivo el mismo día, es la Propuesta de Resolución mediante la que se resuelve el contrato de obras «CANCHAS MULTIUSO EN PECHIGUERA (PLAYA BLANCA) Y BARRANCO DEL PUENTE (FEMÉS)», Lotes n.º 1 y n.º 2 (expediente n.º 6621/2018).

2. La legitimación para la solicitud de 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) y c) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y con el art. 109.1.d), de carácter básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la indemnización reconocida por la Administración municipal en la Propuesta de Resolución por la que se resuelve el contrato a instancia del propio contratista.

Aunque el contratista solicita la resolución del contrato y, por tanto, se muestra de acuerdo con dicha resolución, el art. 191.3 a) LCSP cuando señala la preceptividad

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

del dictamen del órgano consultivo estatal o autonómico no diferencia si la oposición del contratista se refiere a la causa de la resolución o a sus efectos. El Consejo Consultivo de Canarias en supuestos similares ha admitido el dictamen. Valgan como ejemplo los Dictámenes 527/2012 o 91/2002, en los que el contratista otorga su conformidad a la resolución del contrato, pero no a la incautación de la garantía y en ambos casos el dictamen se consideró preceptivo. Así, en el citado Dictamen 527/2012, de 13 de noviembre, señalamos lo siguiente:

« (...) Ciertamente, el concesionario solicitó que la extinción no llevara aparejada la incautación de la fianza, petición que formula en trámite de alegaciones mediante escrito presentado el día 10 de agosto de 2012, una vez que tiene conocimiento, por vez primera, de que la propuesta de acuerdo contiene expresamente en su parte dispositiva un apartado relativo a la incautación de la fianza provisional. Esta oposición a la incautación de la fianza provisional supone un elemento relevante de oposición al acuerdo, de tal modo que, aun habiendo solicitado con anterioridad la renuncia de la concesión, ello no significa que no haya oposición, al menos, a una parte sustancial del acuerdo de extinción de la concesión que se propone, cual es la incautación de la fianza provisional.

La consecuencia de ello es que la solicitud del dictamen es preceptiva (...) ».

Consecuentemente, se considera, en este caso, que también es preceptiva la solicitud de dictamen al oponerse el contratista a los efectos de la resolución contractual.

3. Habiéndose adjudicado el presente contrato, según consta en el expediente remitido a este Consejo, mediante Decreto 2019-0201 de fecha 31 de octubre de 2019, del Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Yaiza y siendo formalizado el 11 de febrero de 2019, habrá que aplicar la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) en lo que no se oponga a la misma.

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. El transcurso del plazo máximo determinaría, en caso de producirse, la caducidad del procedimiento (STS de 9 de septiembre de 2009). El plazo máximo de ocho meses, para instruir y resolver los procedimientos de resolución contractual, establecido en el art. 212.8 LCSP, computa desde su inicio el 25 de febrero de 2021.

Además, en el escrito de solicitud de dictamen se solicita la suspensión del plazo de resolución contractual atendiendo a lo previsto en el art. 22.d de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

En cuanto a la citada suspensión del procedimiento de resolución contractual debemos recordar lo ya señalado en múltiples dictámenes (por todos, Dictamen 316/2015, de 10 de septiembre), en los que se indicaba lo siguiente:

«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, 262/2019, de 4 de julio, 374/2019, de 17 de octubre, y 510/2020, de 3 de diciembre, 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, 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.

Además, tras la aprobación y entrada en vigor de la LCSP de 2017, siendo un plazo suficiente para tramitar el procedimiento de resolución contractual el de ocho meses, no hay razón objetiva que justifique tal suspensión, sin que se compadezca tampoco con la citada suspensión el hecho de que la misma haya sido acordada o solicitada casi seis meses antes de que caduque el expediente de resolución contractual, estando fijado, por otra parte, en tres meses el plazo máximo legal de suspensión.

Por lo expuesto, la suspensión solicitada no resulta acorde con el Ordenamiento jurídico; debe, pues, considerarse que continúa transcurriendo el plazo de ocho meses previsto en el art. 212.8 LCSP en los términos expuestos con anterioridad.

5. Resulta aplicable en cuanto al procedimiento de resolución contractual, el art. 212 LCSP, que remite al desarrollo reglamentario. El art. 109 RGLCAP, señala el procedimiento a seguir.

De la referida normativa se infiere la necesidad de emisión del Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias y el informe del Servicio Jurídico cuando haya oposición a la resolución del contrato por parte del contratista.

En el expediente de resolución del contrato remitido a este Consejo Consultivo para dictamen, consta un informe suscrito por la Secretaría del Ayuntamiento, por lo que ha de entenderse que este informe, preceptivo conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Tercera, apartado 8, LCSP y art. 109.1.c) RGLCAP, hace las veces de Propuesta de Resolución del propio procedimiento de resolución contractual.

No obstante, este informe-propuesta no contiene un pronunciamiento fundado en Derecho, sobre cuál es la causa de resolución del contrato, a quién es imputable la misma, las razones por las que no procede incautar la garantía, cuándo se entiende iniciado el contrato a efectos de determinar la indemnización procedente, por qué se firmó el acta de comprobación del replanteo no siendo el proyecto de obras viable, ni tampoco sobre la indemnización de los daños y perjuicios solicitada por el contratista y las alegaciones de éste. El informe se limita a remitirse a los informes obrantes en el expediente de la Técnico de Contratación y del Técnico Responsable del Contrato, los cuales son contradictorios, como veremos más adelante.

En estos términos, no puede considerarse que el referido informe de Secretaría, preceptivo insistimos, se haya emitido correctamente, pues no se pronuncia sobre la causa de resolución contractual ni sobre los efectos de la misma.

II

Los antecedentes relevantes del procedimiento contractual son los siguientes:

1. Con fecha 13-09-2018, mediante Decreto nº 2018-2102, se inició la contratación de la obra «*CANCHAS MULTIUSOS EN PECHIGUERA (PLAYA BLANCA) Y BARRANCO DEL PUENTE (FEMÉS)*», Lotes n.º 1 y 2.

2. Con fecha 17 de enero de 2018 se dicta Decreto n.º 2018-2459 por el que se aprobó el expediente y los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas para la adjudicación del contrato.

3. Se publica anuncio de licitación en el perfil del contratante y la plataforma de contratación del Estado en fecha 17 de octubre de 2018.

4. Con fecha de 31 de enero de 2019, mediante Decreto nº 2019-0201 se adjudicaron ambos lotes de dicha obra a la empresa (...), por importe de 45.980,97 euros con IGIC y 47.473,98 euros con IGIC, respectivamente.

5. Con fecha 24-01-2019 el adjudicatario solicita que se detraiga el importe de 2.158,73 euros y 2.228, 83 de los primeros pagos, en concepto de garantía definitiva, equivalente al 5 por 100 del importe de la adjudicación, que no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato o resuelto éste sin culpa del contratista.

6. Los contratos se formalizaron el 11 de febrero de 2019, fijándose el plazo de ejecución en 2 meses contados desde la firma del acta de comprobación del replanteo, fijándose un plazo de garantía de 5 años desde el día del acta de recepción de la obra.

7. Por el Director Facultativo de la Obra, mediante escritos de 16 de agosto de 2019 se solicita que se inicien los trámites para modificar el contrato, por razones de interés público no previstas en el PCAP, derivadas de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento de licitar el contrato (error de proyecto consistente en la falta de una unidad de obra relacionada con la creación de un terraplén con materiales de préstamo), por importe de 9.806,47 euros para el Lote 1 y 10.935, 85 euros para el Lote 2, IGIC excluido.

8. Mediante Decreto 2019-2105 de 20 de agosto de 2019 se aprueba resolución de inicio de expediente de modificación del contrato.

9. Se emiten informes de Secretaría e Intervención en relación con la modificación del contrato. El informe del interventor de 10 de septiembre de 2019 es desfavorable porque considera que un error de proyecto no se considera una causa sobrevenida e imprevisible. El informe de la Secretaría de 14 de octubre de 2019 parece aceptar que el error del proyecto es una causa sobrevenida e imprevisible y que la modificación es obligatoria para el contratista por no exceder del 20% del precio inicial del contrato, IGIC excluido (19,70%).

III

Los principales trámites del expediente de resolución contractual han sido los siguientes:

1. Con fecha 14 de mayo de 2020 la empresa (...) presenta escrito instando la resolución del contrato y reclamando daños y perjuicios por suspensión de los contratos formalizados el 11 de febrero de 2019, solicitando la cantidad de 33.109,40 euros. La fundamentación de dicha solicitud la basa en el art. 245, apartado b (la suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a cuatro meses) y apartado c (la suspensión de las obras por plazo superior a ocho meses por parte de la Administración), ambos de la LCSP. El importe indemnizatorio reclamado lo fundamenta en el art. 208 (suspensión de los contratos), apartado 2, a) 3º y 5º LCSP (gastos salariales del personal necesario adscrito al contrato durante el periodo de suspensión y 3 por 100 de las prestaciones que debiera haber ejecutado el contratista durante el periodo de suspensión) y en el art. 246.3 LCSP (efectos de la resolución en

caso de desistimiento antes de la iniciación de las obras o de suspensión de las mismas por parte de la Administración por plazo superior a cuatro meses, con una indemnización del 3 por 100 del precio de adjudicación).

2. Con fecha 19 de febrero de 2021 se emitieron sendos informes por el Técnico responsable del contrato, correspondientes a los Lotes 1 y 2 del mismo, en los que considera que el contratista no ha tenido en cuenta en los plazos computados los efectos de suspensión del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, de declaración del estado de alarma, por lo que «el plazo de suspensión de la iniciación de las obras ha sido superior a los (4) meses, pero inferior a los (8) meses», por lo que resulta de aplicación el apartado b) del art. 245 LCSP, cuyos efectos se valoran en el art. 246.2 LCSP, correspondiendo la indemnización solo al 2% del valor de adjudicación y no al 3% como erróneamente cita la UTE, desestimando, además, pormenorizadamente, la necesidad de incluir en la indemnización determinados gastos alegados por la contratista.

3. Con fecha 23 de febrero de 2021 se emiten sendos informes por la Técnico de Contratación, en relación, respectivamente, con la resolución contractual de los lotes n.º 1 y 2 del citado contrato. En la consideración jurídica sexta del citado informe, se dice expresamente lo siguiente:

«SEXTA.- En el caso que nos ocupa, se lleva a cabo la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, por lo que deberá serle incautada la garantía y se deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada».

Por todo ello, se informa favorablemente la resolución del contrato como consecuencia de la suspensión de la obra.

4. Con fecha 25 de febrero de 2021 se inicia expediente de resolución del contrato de los dos lotes referidos y se da trámite de audiencia al contratista por diez días ese mismo día.

5. El 4 de marzo de 2021 se presenta por la empresa (...) escrito de alegaciones.

6. El 27 de abril de 2021 se emite informe por el Técnico responsable del contrato, considerando que procede indemnizar por el 2% del precio de adjudicación, IGIC excluido, por la suspensión del contrato por más de cuatro meses, por importe total de 2.200,79 euros sin IGIC por los dos lotes.

7. El Interventor emite el 4 de mayo de 2021 informe de fiscalización favorable a la resolución del contrato, si bien observa falta de diligencia tanto en la redacción del proyecto por manifiesta insuficiencia del capítulo de movimientos de tierras como del informe de supervisión.

8. Se formula informe - Propuesta de Resolución por la Secretaría del Ayuntamiento, en el sentido de optar por la resolución del contrato de obras citado, lotes n.º 1 y n.º 2, de conformidad con el art. 245 LCSP, sin incautación de garantía y sin indicar el motivo concreto de resolución y el apartado del artículo anteriormente referido en que se encuadran los hechos, se desestiman todas las alegaciones del contratista y se da traslado de la Propuesta de Resolución al Consejo Consultivo.

IV

1. Como ya se indicó con anterioridad en el Fundamento I.5, el informe - propuesta de la Secretaría, preceptivo conforme a la D.A. Tercera, 8, LCSP y art. 109.1.c) RGLCAP, no cumple los presupuestos necesarios para que este Consejo pueda entrar en el fondo del asunto.

El informe, que hace las veces de Propuesta de Resolución formulada por la Secretaria del Ayuntamiento, procede a resolver el contrato sin analizar la causa de resolución y a quién es imputable, señalando que no procede incautar la garantía y desestimando todas las alegaciones del contratista sin ninguna fundamentación jurídica que explique las razones, ni los argumentos por los cuales se determina la indemnización legalmente procedente.

Este informe no contiene un pronunciamiento fundado en Derecho sobre la causa concreta de resolución del contrato, a quién es imputable la misma, las razones por las que no procede incautar la garantía, cuándo se entiende iniciado el contrato a efectos de determinar la indemnización procedente, si es cierto que se firmó el acta de comprobación del replanteo el 4 de marzo de 2019 no siendo el proyecto de obras viable, y sobre la indemnización de los daños y perjuicios solicitada por el contratista y las alegaciones de éste.

El informe - propuesta, como ya se adelantó, se limita a remitirse a los informes obrantes en el expediente de la Técnico de Contratación y del Técnico Responsable del Contrato, los cuales, como hemos visto, son contradictorios, pues el primero informa favorablemente la resolución del contrato, señalando que la resolución es imputable al contratista con propuesta de incautación de la garantía, mientras que del segundo parece desprenderse que la resolución se debe a la discrepancia en los

precios del modificado necesario de la obra, debido a un error del proyecto no imputable al contratista, al no haberse hecho ni levantamiento topográfico ni estudio geotécnico del terreno con carácter previo a la elaboración del proyecto de la obra, pese a lo señalado en el art. 233.3 LCSP, lo que determina la imposibilidad de llevar a cabo el proyecto inicialmente previsto por manifiesta insuficiencia de la partida de movimiento de tierras, manteniendo la discrepancia con el contratista sobre la indemnización procedente como consecuencia de la resolución del contrato.

Es decir, este informe no se pronuncia sobre si la causa de resolución que procede es la del art. 245 b) LCSP (la suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a cuatro meses), la del apartado c) de este mismo artículo (la suspensión de las obras por plazo superior a ocho meses por parte de la Administración), como alega la contratista inicialmente, o si es aplicable sólo la causa del art. 245 b) LCSP como informa el Técnico responsable del contrato, no motivándose tampoco por qué no existe incumplimiento culpable del contratista, como informa la Técnico de Contratación. Tampoco se pronuncia sobre los efectos de la resolución contractual, esto es, si la indemnización que le corresponde al contratista es del 2%, del 3%, o del 6% (como alega el contratista en sus últimas alegaciones por desistimiento o suspensión de las obras iniciadas por plazo superior a 8 meses -art. 246.4 LCSP-), ni tampoco se explica motivadamente las razones por las que el contratista no debe indemnizar a la Administración e incautarse la garantía definitiva constituida, como informa la Técnico de Contratación.

De esta manera, el informe y la consiguiente propuesta resultan incongruentes, pues se basa en sendos informes que son contradictorios entre sí y no queda motivada debidamente, por tanto, la causa de la resolución contractual ni los efectos de dicha resolución, sobre los que discrepa la contratista.

En consecuencia, no puede considerarse que se haya emitido correctamente el informe preceptivo de la Secretaría municipal, ni que el informe emitido sirva para el fin que se persigue.

Por tanto, procede la retroacción del procedimiento para la emisión del informe preceptivo de la Secretaría que se pronuncie sobre todas las cuestiones señaladas anteriormente, debiendo, tras su emisión, dar trámite de audiencia al contratista y emitirse Propuesta de Resolución fundada en derecho, debidamente motivada, que analice todas las cuestiones relevantes tanto respecto de la resolución del contrato como en relación con la indemnización procedente, dando respuesta pormenorizada,

en su caso, a las alegaciones que presente la entidad adjudicataria y a las ya presentadas en trámite de audiencia. Finalmente, deberá nuevamente solicitarse el Dictamen de este Consejo Consultivo.

2. Por otra parte, en la solicitud de resolución del contrato presentada por el contratista el 14 de mayo de 2020 se alude a una documentación aportada con el escrito de la que no queda constancia en el expediente. Por ello, deberá aclararse si el contratista ha presentado o no facturas u otros medios de prueba justificativos de los gastos que alega, aclarando, asimismo, quién redactó el proyecto de modificación y realizó el levantamiento topográfico del terreno, tras constatarse la insuficiencia del proyecto inicial y si se hizo en su caso con el visto bueno del responsable del contrato.

Asimismo, deberá incorporarse al expediente el acta de comprobación del replanteo si es cierto que se firmó el 4 de marzo de 2019 como alega el contratista, así como el acta de inicio de obra y suspensión de su inicio firmada el 8 de agosto de 2019, como también alega el contratista.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no se ajusta a Derecho, debiendo retrotraerse el expediente a efectos de realizarse las actuaciones y aportar la documentación que se señalan en el Fundamento IV.