



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 457/2022

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 24 de noviembre de 2022.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de obra denominado «Actuación en muro de contención en la calle (...)», adjudicado el 27 de agosto de 2021 a la empresa (...) (EXP. 414/2022 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria mediante oficio de 17 de octubre de 2022 (con registro de entrada en este Organismo consultivo el 19 de octubre de 2022), es la Propuesta de Acuerdo para resolver el contrato de obra denominado «*Actuación en muro de contención en la calle (...)*», adjudicado a la empresa (...)

2. La Legitimidad para solicitarlo, el carácter preceptivo y la competencia del Consejo para la emisión del Dictamen 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 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), precepto que es de aplicación porque la contratista se ha opuesto a la resolución.

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1 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: Sr. Belda Quintana.

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. Respecto a la regulación del contrato es oportuno traer a colación lo ya indicado por este Consejo Consultivo, entre otros, en sus Dictámenes 233/2019, de 20 de junio, 391/2019, de 7 de noviembre o 320/2020, de 30 de julio, que distingue el régimen sustantivo aplicable al contrato del régimen procedimental aplicable a la resolución del contrato.

3.1. Así, en cuanto al régimen sustantivo, habiéndose adjudicado el contrato de obra el 27 de agosto de 2021, resulta de aplicación la LCSP (Disposición Transitoria primera.2 en relación con la Disposición final decimosexta LCSP).

Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según dispone el art. 25 LCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo -actualmente, y a falta de tal desarrollo reglamentario, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas-, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado.

3.2. Respecto al Derecho procedimental aplicable, tal y como hemos reiterado en múltiples ocasiones, serán las normas vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a la resolución del contrato.

A la vista de lo anterior, y habiéndose iniciado el presente procedimiento de resolución contractual el día 8 de julio de 2022, esto es, bajo la vigencia de la LCSP, es por lo que procede acudir, en primer lugar, a su art. 191.3, relativo al «*procedimiento de ejercicio*» de las prerrogativas de la Administración Pública en materia de contratación.

En dicho precepto se establecen como trámites preceptivos la audiencia al contratista (art. 191.1) y, cuando se formule oposición por parte de éste, el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva [art. 191.3, letra a)]. Trámites estos que aparecen debidamente cumplimentados en el procedimiento administrativo que se ha remitido a este Consejo.

Por su parte, el art. 109.1, apartado b) RGLCAP, prevé también la apertura de un trámite de audiencia al avalista cuando se proponga la incautación de la garantía depositada.

Además, en el ámbito local, se preceptúa como necesario el informe jurídico del Secretario de la Corporación, de acuerdo con lo establecido en la Disposición adicional tercera, apartado 8 LCSP.

Por su parte, el art. 195 LCSP, en los casos de resolución por demora en los plazos de ejecución del contrato, permite la resolución sin más trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo Consultivo correspondiente. No obstante, deberá darse también, aunque no sea preceptivo en este tipo de resolución contractual por demora en los plazos de ejecución del contrato de acuerdo con el art. 195 LCSP, audiencia al avalista para evitar su indefensión, trámite que se ha cumplimentado sin que se realicen alegaciones.

4. La competencia para resolver el presente expediente de resolución contractual le corresponde al órgano de contratación (art. 212.1 LCSP). En el presente caso, la ostenta la Junta de Gobierno de la Ciudad, en virtud de lo dispuesto en el punto 4 de la Disposición adicional segunda de la LCSP; y por su delegación, el titular del área de gobierno de Urbanismo, Edificación y Sostenibilidad Ambiental, según lo previsto en el art. 61.2 LCSP, y acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 4 de marzo de 2021, de delegación de competencias.

5. En cuanto al plazo máximo para resolver el procedimiento administrativo de resolución contractual, procede la aplicación residual del plazo previsto en el art. 21.3 LPACAP, al haber sido declarado -por el Tribunal Constitucional en Sentencia 68/2021, de 18 de marzo- contrario al orden constitucional de competencias el plazo de ocho meses establecido en el art. 212.8 LCSP; de tal manera « (...) *que no será aplicable a los contratos suscritos por las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras [SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8; 55/2018, FFJJ 7 b) y c)]*».

El transcurso del plazo máximo de tres meses determina, en consecuencia, en caso de producirse, la caducidad del procedimiento (STS de 9 de septiembre de 2009), tal y como se explicitará más adelante.

II

1. Los antecedentes relevantes en este caso son los siguientes:

- Por Resolución del Concejal de Gobierno del Área de Urbanismo, Edificación y Sostenibilidad Ambiental, número 29248/2021, de 27 de agosto, se acuerda la adjudicación del contrato de obras denominado «*Actuación en muro de contención en la calle (...)*» con cargo al Plan de Cooperación del Cabildo 2020-2023, a la licitadora (...), con CIF (...), por el importe de 384.866,00 €, incluido el 7% de IGIC y con un plazo de ejecución de 8 meses.

- La fianza definitiva se constituye con fecha 16 de julio de 2021 por importe de 17.984,39 €.

- En fecha 7 de septiembre de 2021 se formaliza el contrato de obras entre el Ayuntamiento y la mencionada contratista.

- Con fecha 20 de abril de 2022 se presenta escrito de la contratista poniendo de manifiesto su decisión de suspender la ejecución de la obra, así como la resolución unilateral del contrato debido a la onerosidad generada durante su ejecución, solicitando le sea reconocida la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible a los efectos de ausencia de culpa y devolución de la garantía definitiva constituida.

- Con fecha 17 de mayo de 2022 la dirección facultativa de la obra informa, entre otras cuestiones, sobre:

«3.- Valoración de otros hechos que a juicio de la dirección de obra puedan estar detrás de la suspensión de los trabajos comunicadas.

La empresa no ha empleado personal cualificado para la ejecución de las diferentes unidades de obra, cuestión que, unida a otros factores, ha derivado en un notable retraso en la obra y una muy deficiente ejecución de los muros realizados, hasta el punto que se ha dado orden de demolición de los mismos, debido principalmente a la falta de Resistencia Característica del hormigón empleado, según los resultados de los ensayos realizados, que exponemos a continuación. (...)

En la actualidad, y tras 6 meses de contrato, se ha ejecutado el 4,61% del importe total de la obra, estando prevista la finalización del contrato, el próximo 22/05/2022.

Todos estos retrasos, sumados a la orden de demolición de los muros, conllevaran un incremento de los costes de ejecución de la obra.

4. Estado real en el que queda la ejecución de la obra, con definición de las actuaciones pendientes de realizar, valoradas económicamente desde el punto de vista de que una nueva empresa se tenga que hacer cargo de la terminación de la misma.

El estado actual en el que ha quedado la zona de actuación de la obra es significativamente peor al existente antes del comienzo de la misma, pasando a enumerar las causas:

- *Falta de continuidad del itinerario peatonal de la calle (...), ya que se ha demolido una sección del antiguo muro que sostenía parte del mismo, y se ha quedado sin reponer, desapareciendo un tramo del peatonal preexistente.*

- *Pérdida de ancho de parte del itinerario peatonal, ya que el muro ejecutado se encuentra a una cota diferente a la del pavimento existente, creándose un escalón lateral que impide el tránsito normal de los transeúntes, además de discontinuidad longitudinal y transversal en el pavimento existente y zonas de puntos bajos donde se acumula agua de lluvia.*

- *Realización de un acopio bastante voluminoso de tierras y escombros en el talud existente entre los PPKK 77,00 y PPKK 97,00, en una zona donde anteriormente había una especie de "jardín".*

- *Vertido indiscriminado de restos de escombros y tierras procedentes de las unidades de obras ejecutadas, en los taludes adyacentes al trazado de los muros ejecutados, por lo que a los restos de basura y escombros preexistentes, hay que sumarle ahora los aportados por la ejecución de las obras.*

- *Asiento longitudinal de parte de la acera existente, quedando un hueco entre ésta y la fachada de algunas viviendas, existiendo riesgo de filtración de agua a las viviendas afectadas.*

- *Restos de hormigón y basura en general en el solar existente entre los inmuebles 48 y 42, el cual era utilizado por la contrata para acopio intermedio del hormigón.*

- *Daños en el murete de coronación, barandilla y red de pluviales, existentes en el muro de contención de la calle (...), al cual se ataron los medios auxiliares de transporte de hormigón.*

- *Salpicaduras de hormigón en la medianera lateral del inmueble señalado con el nº42».*

Basándose en lo anterior, la dirección facultativa informa sobre el coste de las obras a realizar para reconducir la terminación de la obra adjudicada, a través de nueva adjudicación, haciendo además hincapié en el carácter de urgente de las mismas por el riesgo de producir daños mayores. De esta forma describen los nuevos trabajos y la estimación de sus costes:

«Actuaciones pendientes de realizar.

Definido en el apartado anterior el estado en el que se encuentra la obra, paso a continuación a enumerar y valorar económicamente las actuaciones que estimo habrá que

realizar, siendo las enumeradas del 1 al 8 (ambas incluidas), de urgente ejecución, para evitar males mayores.

1) Arreglo de las conducciones de pluviales que hay colgadas en el exterior de murete ubicado en la calle (...), ya que se han roto las mismas debido a los impactos que han sufrido con los elementos utilizados para el transporte del hormigón. Con un Coste de Ejecución por Contrata que asciende a la cantidad de 2.035,95 €.

2) Reconducir las aguas de pluviales procedentes de la calle (...) y que desaguan en el tramo de la calle (...) cortado, para evitar que éstas escorrentías deterioren el talud provisional que se ha creado con la excavación, e inunden el peatonal actual. Con un Coste de Ejecución por Contrata que asciende a la cantidad de 1.400,39 €.

3) Restauración del acceso peatonal de la calle (...) entre los números 48 y 42, ya que se hizo la excavación para ejecutar el muro de contención contemplado en el proyecto, y al no ejecutarse el mismo, el acceso se ha cortado. El coste de esta reposición calculada con precios del presupuesto original, pero con una nueva previsión de mediciones asciende a la cantidad de 24.586,92 €, (excavación, ejecución muro, impermeabilización, relleno material filtrante, relleno trasdós y solera hormigón) aunque en el proyecto ya hay contemplado parte de esa actuación con un importe de 9.051,34 €, ambas cantidades calculadas en Ejecución por Contrata.

4) Demolición de pretil de muros, en las zonas de la acera peatonal de la calle (...) en las que el alzado de los muros ejecutados ha quedado a una cota superior a la de la acera, haciendo imposible la continuidad de la misma y el desagüe de las aguas de lluvias. Con un Coste de Ejecución por Contrata que asciende a la cantidad de 1.024,54 €.

5) Sellado con mortero impermeable flexible de las juntas aparecidas entre el pavimento del paseo de la calle (...) y los inmuebles adyacentes, en aquellas zonas en las que se ha hundido el paseo debido al descalce del mismo, atribuido a la ejecución de la obra. Con un Coste de Ejecución por Contrata que asciende a la cantidad de 226,62 €.

6) Colocación de vallado perimetral perfectamente anclado al paramento horizontal del paseo, en todo el borde del peatonal con el talud, para evitar caídas a distinto nivel de los transeúntes. Con un Coste de Ejecución por Contrata que asciende a la cantidad de 2.045,91 €.

7) Dar continuidad al pavimento del peatonal existente, ya que hay parte de él que se ha demolido al ejecutar los muros y no tiene continuidad transversal, haciéndose imposible su tránsito debido a su elevada estrechez. Con un Coste de Ejecución por Contrata que asciende a la cantidad de 4.416,80 €.

8) Contener el tramo de talud vertical excavado entre los PPKK 0,035 y 0,040, mediante ejecución de muro u otra solución válida. Con un Coste de Ejecución por Contrata que asciende a la cantidad de 4.034,92 €.

9) Arreglo del murete y barandilla metálica ubicada en la calle (...), ya que se han deteriorado debido a que se ha usado como apoyo de los elementos utilizados para el transporte del hormigón. Con un Coste de Ejecución por Contrata que asciende a la cantidad de 1.759,32 €.

10) Limpieza del solar ubicado en la calle (...) entre los números 48 y 42, ya que se ha utilizado como zona de acopio de los medios de transporte del hormigón de la obra y está lleno de restos de hormigón, madera, plásticos, etc. etc. Con un Coste de Ejecución por Contrata que asciende a la cantidad de 3.597,37 €.

11) Limpieza y pintado de medianera lateral norte colindante con el solar ubicado en la calle (...) entre los números 48 y 42, ya que se encuentra salpicada de restos de hormigón de la obra. Con un Coste de Ejecución por Contrata que asciende a la cantidad de 1.671,95 €.

12) Limpieza general de escombros y tierras que se han vertido en los taludes colindantes al trazado de los muros contemplados en el proyecto, ya que al ejecutar la demolición de los muros preexistentes y al realizar la excavación de los muros, se ha vertido restos de tierras y muros en ellos. Con un Coste de Ejecución por Contrata que asciende a la cantidad de 28.823,30 €».

- El 1 de julio de 2022 el supervisor de la obra y de la dirección facultativa emite informe con la siguiente conclusión:

«CONCLUSIÓN.- La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), en su art. 211. Causas de resolución, define como causa de resolución de contrato: d) la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

En todo caso el retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas.

De la relación de hechos descritos y del informe emitido por la dirección facultativa de las obras se desprende que el contratista ha incumplido el contrato, al no ejecutarlo dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, antes bien, incurriendo en una mora superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, siendo este producido por motivos imputables al mismo, por lo que se eleva al órgano de contratación la solicitud de Resolución del contrato según art. 211 de la LCSP».

- Consta Informe jurídico de fecha 4 de julio de 2022 favorable a la resolución del contrato de fecha 7 de septiembre de 2021 formalizado con la adjudicataria (...), por darse la causa legal del art. 211.1.f) LCSP respecto de la obra denominada «Actuación en muro de contención en la calle (...)».

2. En cuanto al procedimiento de resolución contractual, se han llevado a cabo las siguientes actuaciones:

- Por Resolución n.º 25610, de 8 de julio de 2022, del Concejal de Gobierno del Área de Urbanismo, Edificación y Sostenibilidad Ambiental se acuerda incoar procedimiento para la resolución del contrato de obras de fecha 7 de septiembre de 2021 formalizado con la adjudicataria (...), por darse la causa legal del art. 211.1.f) LCSP respecto de la obra denominada «*Actuación en muro de contención en la calle (...)*» con cargo al Plan de Cooperación del Cabildo 2020-2023, por el importe de 384.866,00 euros, incluido el 7% de IGIC y con un plazo de ejecución de 8 meses.

- Se notificó el procedimiento incoado a la adjudicataria y a la Avalista, otorgándoles legal trámite de audiencia por un plazo de diez días.

- Consta escrito de oposición del contratista a la resolución del contrato presentado el 27/07/2022, a través del cual reitera su decisión de resolver unilateralmente el contrato debido a la onerosidad generada durante su ejecución, solicitando le sea reconocida la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible a los efectos de ausencia de culpa y devolución de la garantía definitiva constituida.

- Consta Informe preceptivo de la Asesoría Jurídica Municipal en sentido favorable a la resolución del contrato de obras «*Actuación en muro de contención en la calle (...)*».

- La Propuesta de Resolución acuerda resolver el contrato formalizado con la adjudicataria (...) respecto de la obra denominada «*Actuación en muro de contención en la calle (...)*» por incumplimiento del plazo de ejecución de la obra, por incurrir en la causa prevista en la letra f) del art. 211 LCS).

III

1. Se ha de recordar que en los recientes Dictámenes 154/2022, de 21 de abril, 163/2022, de 28 de abril, 182/2022 de 5 de mayo, y 269/2022, de 30 de junio, entre otros, -a los que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias-, se ha producido un cambio de doctrina en relación con el plazo de resolución de los procedimientos contractuales, que quedó fijado a partir de entonces en tres meses desde su inicio en aplicación del plazo residual previsto en el art. 21.3 LPACAP, al haber sido declarado contrario al orden constitucional de competencias por el Tribunal Constitucional en sentencia n.º 68/2021, de 18 de marzo, el plazo de ocho meses previsto en el art. 212.8 LCSP, solo en cuanto a su aplicación a las Comunidades Autónomas, entidades locales y entes dependientes de todos ellos.

A la vista de esa doctrina de este Consejo Consultivo de Canarias establecida tras la STC 68/2021, de 18 de marzo, el procedimiento de resolución contractual que no se resuelva en esos tres meses incurre en caducidad.

2. Aplicada la citada doctrina al presente caso, hemos de concluir que el procedimiento de resolución contractual, iniciado el día 8 de julio de 2022 está incurrido en caducidad, con anterioridad, incluso, a la solicitud de dictamen, al haber transcurrido el plazo máximo de tres meses para su resolución -el 8 de octubre de 2022- previsto en el art. 21.3 LPACAP, a falta de plazo específico máximo para resolver el procedimiento de resolución contractual en la normativa propia de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Deberá, por tanto, declararse expresamente la caducidad del expediente de resolución contractual por el Ayuntamiento y procederse al archivo de las actuaciones, sin perjuicio de poder incoar un nuevo procedimiento de resolución contractual, con igual pretensión y la misma o diferente causa, conservando, por aplicación del principio de economía, los actos que se estimen necesarios, que, en su caso, deberán ser incorporados por una diligencia al nuevo expediente administrativo que se incoe, siendo indispensable que una vez concluido y antes de la remisión del expediente de nuevo a este Consejo Consultivo, se otorgue nueva audiencia al contratista y, en su caso, al avalista, una vez concluida la instrucción.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho por haber caducado el procedimiento, tal como se razona en el Fundamento III de este Dictamen.