



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 1 3 / 2 0 2 2

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 29 de diciembre de 2022.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Vega de San Mateo en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de obras denominado: «Construcción del Mercado Agrícola de Vega de San Mateo», adjudicado a la UTE (...) (EXP. 443/2022 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de la Vega de San Mateo por oficio de 2-11-2022, con entrada en el Consejo Consultivo el 3-11-2022, es el expediente de resolución contractual del proyecto de ejecución «Construcción del nuevo mercado agrícola de la Vega de San Mateo» adjudicado el 7 de octubre de 2020 a la UTE (...) por un precio de 3.162.314,38 euros, sin incumplimiento culpable del contratista, por no aprobarse el expediente de modificación del contrato de ejecución de obras «*Construcción del nuevo mercado municipal, modificado de proyecto*», acordado por la Junta de Gobierno Local de 9 de septiembre de 2022.

2. La legitimidad para solicitarlo, el carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo 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) y 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, (en adelante RGLCAP)

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

preceptos que son de aplicación, de acuerdo con lo establecido en el apartado segundo de la Disposición transitoria primera en relación con la Disposición final decimosexta de la citada LCSP, al señalar 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».

En el expediente consta la oposición del contratista, si bien es más una oposición a las consecuencias o efectos de la resolución, que a la causa misma de resolución, ya que la empresa adjudicataria está conforme con que el contrato inicialmente adjudicado no se puede ejecutar en sus propios términos. En relación con los efectos de la resolución la discrepancia parece centrarse en el derecho de la contratista a ser indemnizada por la resolución del contrato.

3. En lo que se refiere al régimen jurídico aplicable, se han de efectuar las siguientes consideraciones jurídicas:

3.1. 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.

En cuanto al régimen sustantivo, habiéndose adjudicado el contrato de obra «Construcción del nuevo mercado agrícola de la Vega de San Mateo» el 7 de octubre de 2020, resulta aplicable 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 se ha de señalar que:

3.2.1. Las normas de procedimiento aplicables serán las vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a la resolución del contrato (5 de octubre de 2022). Este criterio se sustenta en lo establecido en la Disposición

transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -en adelante, LPACAP- («a) A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior»), norma de aplicación subsidiaria a los procedimientos en materia de contratación, según establece el apartado primero de la Disposición Final cuarta LCSP.

3.2.2. A la vista de lo anteriormente expuesto, y habiéndose iniciado el presente procedimiento de resolución contractual el día 5 de octubre 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, si bien en este caso no se propone su incautación.

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, de la LCSP, que también aparece cumplimentado.

4. En cuanto al plazo de resolución contractual, es aplicable el plazo de tres meses desde su inicio para resolver el expediente de resolución contractual, aplicando el plazo residual previsto en el art. 21.3 LPACAP, al haber sido declarado contrario al orden constitucional de competencia 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.

Señala la sentencia: «En cuanto a la extinción de los contratos, el art. 212.8 LCSP dispone que los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses. El Tribunal considera fundada la pretensión del recurrente, por cuanto se trata de una norma de naturaleza auxiliar y procedimental que no puede ser

considerada básica. La regulación relativa a la duración de la tramitación de los expedientes de resolución contractual podría ser sustituida por otra elaborada por las comunidades autónomas con competencia para ello, sin merma de la eficacia de los principios básicos en materia de contratación pública (STC 141/1993, FJ 5).

Por tanto, procede declarar contrario al orden constitucional de competencias al art. 212.8 LCSP. No se precisa pronunciar su nulidad, dado que la consecuencia de aquella declaración es solamente la de 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)].

La aplicación del plazo máximo de tres meses para resolver el procedimiento de resolución contractual, a la vista de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la exclusiva aplicación del art. 212.8 LCSP a la Administración del Estado y no a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, Entidades Locales y entes públicos dependientes, resulta de nuestros recientes Dictámenes 154/2022, de 21 de abril, y 163/2022, de 28 de abril, y otros posteriores, en los que señalamos que tras la referida Sentencia, y una vez publicada la misma (BOE n.º 97, de 23 de abril de 2021) conforme al art. 38 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, por diversos Organismos consultivos autonómicos se ha optado por aplicar en estos procedimientos de resolución contractual el plazo de tres meses previsto en el art. 21.3 LPACAP, de carácter básico, añadiéndose por nuestra parte, lo siguiente:

« (...) 2.3. Así las cosas, la STC 68/2021, de 18 de marzo, se apoya en que el establecimiento de un plazo específico para los supuestos de resolución contractual se incardina en el ámbito de la competencia autonómica de desarrollo de las bases en materia de contratación pública. Al respecto, se recoge que: “ (...) ambas partes reconocen que en esta materia la legislación básica es competencia del Estado de acuerdo con el art. 149.1.18 CE y que las comunidades autónomas pueden asumir la competencia de desarrollo legislativo y ejecución”; «Dentro del respeto a la legislación básica estatal, las comunidades autónomas han podido asumir la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de contratación pública (STC 237/2015, de 19 de noviembre, FJ 2)» -Fundamentos jurídicos primero, apartado a) y quinto, apartado B) de la Sentencia).

Como ya se ha destacado, el Tribunal Constitucional comienza por descartar el carácter básico de esta previsión legal («El tribunal considera fundada la pretensión del recurrente, por cuanto se trata de una norma de naturaleza auxiliar y procedimental que no puede ser considerada básica»), de lo que deduce a continuación que a las Comunidades Autónomas les cabe sustituir (es la expresión que emplea) dicha previsión por otra de carácter propio: «La regulación relativa a la duración de la tramitación de los expedientes de resolución

contractual podría ser sustituida por otra elaborada por las comunidades autónomas con competencia para ello, sin merma de la eficacia de los principios básicos en materia de contratación pública».

A partir de lo que se lleva expuesto, hay que entender que a las Comunidades Autónomas les es dado establecer un plazo distinto de caducidad, sea mayor o menor del que contempla el art. 212.8 LCSP.

Una vez declarado contrario el precepto (art. 212.8 LCSP) al orden de distribución de competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas por las razones antes expresadas, al otorgar la LCSP carácter básico a dicha previsión legal, la consecuencia que el Tribunal deduce no es la nulidad de dicho precepto, sino «solamente la de 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».

Pues bien, en la actualidad no existe ninguna disposición normativa autonómica canaria reguladora del plazo máximo para resolver los expedientes de resolución contractual (en sentido análogo al discutido art. 212.8 LCSP). Es más, tampoco existe una remisión específica a la normativa estatal respecto al régimen aplicable a los contratos, puesto que ni la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias contiene precepto alguno respecto al régimen aplicable a los contratos que celebre la Administración autonómica (más allá del genérico art. 2 que dispone que «Las Administraciones Públicas de Canarias se regirán por la Constitución, Estatuto de Autonomía, la legislación básica del Estado, la presente Ley y por las normas dictadas en desarrollo de éstas, respondiendo su organización, funcionamiento y régimen competencial a los principios de eficacia, economía, descentralización y máxima proximidad a los ciudadanos») ni ninguna otra norma propia establece que el derecho estatal en esta materia -o con carácter general-, sea supletorio de las normas de nuestra Comunidad Autónoma, y ello a diferencia de lo que sucede en otras regiones, como por ejemplo, en Murcia, cuyo Estatuto de Autonomía sí lo establece (sin olvidar la aplicabilidad del art. 149.3 de nuestra Constitución).

Por lo demás, la Disposición final cuarta, apartado primero, LCSP señala que «Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas».

Señalado cuanto antecede, este Consejo Consultivo entiende que procede la aplicabilidad de la normativa básica en materia de procedimiento administrativo común, en este caso, el art. 21.3 LPACAP y por tanto, el plazo para la instrucción y resolución del expediente sería de tres meses y no de ocho. No otra puede ser la conclusión tras la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional cuya aplicación en sus estrictos

términos entiende este Consejo Consultivo obliga al cambio de doctrina aún a sabiendas de las dificultades prácticas que supondrá la aplicación de tan breve plazo, de tres meses, para la instrucción, resolución y notificación por parte de las Administraciones Públicas de los expedientes de resolución contractual, obstáculo que sólo podría ser removido si se dicta una norma por nuestra Comunidad Autónoma, en el marco de sus competencias, que fije un plazo superior a esos tres meses para la resolución contractual que se tramite por la Comunidad Autónoma así como por las Corporaciones Locales canarias. A falta de tal norma específica, y en tanto la misma sea aprobada, el plazo a aplicar será el de tres meses, como se ha señalado».

A la vista de esta doctrina de este Consejo Consultivo establecida tras la STC 68/2021, de 18 de marzo, podemos concluir que el transcurso del plazo máximo de tres meses determinará, en consecuencia, en caso de producirse, la caducidad del procedimiento (STS de 9 de septiembre de 2009). El plazo máximo de tres meses, para instruir y resolver los procedimientos de resolución contractual establecido en el art. 21.3 LPACAP, computa desde su inicio el 5 de octubre de 2022, sin que se incluya en el cómputo de tal plazo -tal como hemos señalado, entre otros, en nuestros Dictámenes 381/2022, de 13 de octubre, y 474/2022, de 7 de diciembre-, los períodos en que el procedimiento ha estado suspendido al amparo del art. 22.d) LPACAP con notificación a los interesados, esto es, desde el 28 de octubre de 2022, en que la Junta de Gobierno Local acordó la suspensión del plazo para resolver hasta la emisión del dictamen de este Consejo, habiéndose puesto este acuerdo a disposición de la contratista en el buzón electrónico, por lo que se considera que el plazo del expediente de resolución contractual no está caducado.

5. El órgano competente para dictar resolución es la Junta de Gobierno Local (Disposición adicional segunda.1 y 2 LCSP), por ser el órgano de contratación (art. 212.1 LCSP) por delegación del Pleno en virtud del acuerdo de 27 de junio de 2019. Como tal órgano de contratación ostenta la prerrogativa de acordar la resolución del contrato, conforme al art. 190 LCSP, sin perjuicio de la delegación de competencia en la concejal con competencias en materia de contratación.

6. Se ha de significar que la Sección II de este Consejo, en sesión celebrada el día 7 de diciembre de 2022, elevó a la Presidencia del Consejo la propuesta de ampliación del plazo de emisión del Dictamen debido a la complejidad del asunto a tratar, a lo que se une la acumulación de asuntos de acción consultiva actualmente en trámite en este Organismo; por lo que el Pleno, en sesión celebrada el día 12 de diciembre de 2022, acordó ampliar el plazo de emisión del correspondiente Dictamen

en 15 días hábiles, siendo el nuevo vencimiento del plazo de emisión del Dictamen el próximo día 10 de enero de 2023.

II

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

1.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 7 de octubre de 2020, mediante el cual, en síntesis, se acordó adjudicar a la entidad: UTE (...) [abreviadamente, UTE (...)], el contrato de obras denominado: "CONSTRUCCIÓN DEL MERCADO AGRÍCOLA MUNICIPAL DE VEGA DE SAN MATEO", por un precio total de 3.162.314,38.-€ -IGIC INCLUIDO-. El plazo de ejecución de la obra se fijó en QUINCE (15) meses desde la firma del Acta de Comprobación de Replanteo (Expdte. N.º: 2371/2019).

A su vez, consta en el expediente certificación de Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 7 de octubre de 2020, mediante el cual, en síntesis, se subsana el error material correspondiente al CIF de la entidad adjudicataria (Expdte. N.º: 2371/2019).

2.- El 6 de noviembre de 2020 se suscribe el contrato administrativo entre la entidad: UTE (...) y la Corporación Local respecto a la ejecución de la obra.

3.- El 3 de diciembre de 2020 se formula Acta de Comprobación de Replanteo Suspensiva mediante la cual en las partes acuerdan suspender la obra por un plazo de tres meses.

4.- El 31 de marzo de 2021 la Junta de Gobierno Local acordó adjudicar a la entidad (...), el contrato de obras de la "DIRECCIÓN FACULTATIVA Y COORDINACIÓN DE SEGURIDAD Y SALUD DE LA OBRA CONSTRUCCIÓN DEL NUEVO MERCADO MUNICIPAL", por un precio total de 86.040,34.-€ -IGIC INCLUIDO- (Expdte. N.º: 199/2020).

5. El 15 de abril de 2021 se suscribe Acta de Comprobación de Replanteo Positiva, mediante la cual las partes acuerdan dar comienzo al plazo de ejecución de la obra al ajustarse los planos topográficos a la realidad del terreno sin existencia de dificultades para la ejecución del contrato (Expdte.: N.º: 2371/2019).

6.- Constan en el Expdte. N.º: 2371/2019 las siguientes certificaciones de ejecución de la obra:

-Certificación n.º 1, correspondiente al mes de abril de 2021 por importe de 889,46.-€.

-Certificación n.º 2, correspondiente al mes de mayo de 2021 por importe de 19.635,95,46.-€.

-Certificación n.º 3 correspondiente al mes de junio de 2021 por importe de 44.297,89.-€.

-Certificación n.º 5 correspondiente al mes de julio de 2021 por importe de 71.411,35.-€.

-Certificación n.º 5 rectificada correspondiente al mes de agosto de 2021 por importe de 0.-€.

-Certificación n.º 6 correspondiente al mes de septiembre de 2021 por importe de 41.776,40.-€.

-Certificación n.º 7 correspondiente al mes de octubre de 2021 por importe de 144.460,03.-€.

-Certificación n.º 8 correspondiente al mes de noviembre de 2021 por importe de 129.897,86.-€.

-Certificación n.º 9 correspondiente al mes de diciembre de 2021 por importe de 22.344,66.-€.

-Certificación n.º 10 correspondiente al mes de enero de 2022 por importe de 2.761,49.-€.

-Certificación n.º 11 correspondiente al mes de febrero de 2022 por importe de 1.100,01.-€.

-Certificación n.º 12 correspondiente al mes de marzo de 2022 por importe de 2.739,80.-€.

-Certificación n.º 13 correspondiente al mes de abril de 2022 por importe de 827,77.-€.

-Certificación n.º 14 correspondiente al mes de mayo de 2022 por importe de 0.-€.

-Certificación n.º 15 correspondiente al mes de junio de 2022 por importe de 0.-€.

-Certificación n.º 16 correspondiente al mes de julio de 2022 por importe de 0.-€.

-Certificación n.º 17 correspondiente al mes de agosto de 2022 por importe de 0.-€.

-Certificación n.º 18 correspondiente al mes de septiembre de 2022 por importe de 0.-€.

7.- Por escrito de fecha 20 de enero de 2022 (Nº Registro: 2022-E-RE-106) y suscrito por (...), en nombre y representación de UTE (...), mediante el cual se solicita la suspensión total de obra en base a los argumentos que se recogen en el mismo (Expdte.: N.º: 133/2022).

8.- También consta escrito, de fecha 31 de enero de 2022 (Nº Registro: 2022-E-RE-184) y suscrito por (...), en representación de la entidad: (...), mediante el cual aporta informe, concluyendo que no es necesario suspender la completa ejecución de la obra (Expdte.: N.º: 133/2022).

9.- Asimismo, consta escrito, de fecha 8 de febrero de 2022 (Nº Registro: 2022-E-RE-248) y suscrito por (...), en representación de la entidad (...), mediante el cual aporta informe, concluyendo que no procede la incoación de un expediente de modificación del proyecto de obra al no superar los precios el 3% y, a su vez, entiende que no corresponde a la dirección facultativa cuantificar los daños y perjuicios si existiese una suspensión de obra (Expdte.: N.º: 133/2022).

10.- Informe propuesta, emitido por el Técnico de la Administración General a fecha 18 de febrero de 2022 y conformado por la Secretaria de la Corporación Local a fecha 21 de febrero de 2022 (Expdte.: N.º: 133/2022).

11.- Consta también Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 23 de febrero de 2022, mediante el cual se acordó, entre otros, la incoación del expediente de modificación del contrato de ejecución de las obras denominado "CONSTRUCCIÓN DEL MERCADO AGRÍCOLA MUNICIPAL DE VEGA DE SAN MATEO" y, a su vez, se acordó que se practicara el levantamiento de Acta de la suspensión parcial del contrato (Expdte.: N.º: 133/2022).

12.- El 22 de marzo de 2022 se presentó escrito por la entidad contratista: "UTE (...)", (N.º Registro: 2022-E-RE-557), solicitando que se declare la suspensión total de la obra y que se suspenda el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local a fecha 23 de febrero de 2022 ya referenciado. Dicha solicitud, de suspensión del acto administrativo impugnado respecto al Acuerdo de 23 de febrero de 2022, fue

reiterada, entre otras peticiones, en su escrito presentado a fecha 21 de junio de 2022 (N.º Registro: 2022-E-RE-1344) (N.º exp.: 2371/2019).

Dicha solicitud de suspensión fue rechazada, por parte de la Junta de Gobierno Local, mediante Acuerdo adoptado a fecha 20 de julio de 2022 (N.º exp.: 2371/2019).

13.- Por escrito presentado a fecha 7 de abril de 2022 (R.E. n.º 714) por la mercantil: (...), se comunica incidencia acaecida en la obra (N.º exp.: 2371/2019).

14.- También por escrito presentado con fecha 20 de abril de 2022 (R.E. n.º 803), por parte de la entidad: "UTE (...)", mediante la cual, en síntesis, se solicita de forma urgente acordar las actuaciones que procedan para el aseguramiento de las vías públicas e infraestructuras del entorno del solar donde se construye el actual mercado municipal que amenazan la seguridad de la obra, así como de peatones y vehículos (N.º exp.: 2371/2019).

15.- Con fecha 22 de abril de 2022 se emite Informe por el Ingeniero Técnico de Obras Públicas, (...), en nombre de la mercantil: (...), con fecha 22 de abril de 2020 (R. E. n.º 810) (N.º exp.: 2371/2019).

16.- Asimismo, el 5 de mayo de 2022 se emite Informe Técnico, emitido por el Técnico Municipal a fecha 5 de mayo de 2022, mediante el cual, en síntesis, se detallan las actuaciones a acometer al objeto de asegurar las vías públicas e infraestructuras del entorno del solar donde se construye el actual mercado municipal que amenazan la seguridad de la obra, así como de peatones y vehículos (N. exp.: 2371/2019).

17.- Con fecha 18 de mayo de 2022 se acuerda por la Junta de Gobierno de la Corporación Local estimar parcialmente el escrito presentado por la entidad: "UTE (...)" el 21 de abril de 2022 (R.E. n.º 803) en base a los términos que obran en el mismo -N.º exp.: 2371/2019-.

18.- El 21 de junio de 2022 se presenta Recurso de Reposición por la entidad: "UTE (...)" contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 18 de mayo de 2022 (N.º exp.: 2371/2019).

19.- Mediante Decreto N.º: 380/2022 de fecha 22 de junio de 2022, se admite a trámite el Recurso de Reposición interpuesto por la entidad: "UTE (...)", confiriéndosele a la Dirección Facultativa plazo de audiencia al objeto de que pueda formular las alegaciones que considere oportunas (N.º exp.: 2371/2019).

20.- El 30 de junio de 2022 se presenta escrito de alegaciones por (...), en nombre y representación de la entidad: «UTE (...)» y en calidad de Dirección Facultativa, respecto al Recurso de Reposición interpuesto por la entidad: «UTE (...)».

21.- El 6 de julio de 2022 se emite Informe-Propuesta confeccionado por parte del Técnico de Administración General (TAG), conformado por parte de la Secretaria mediante el cual se propone estimar parcialmente el Recurso de Reposición presentado por la entidad «UTE (...)» contra el Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de 18 de mayo de 2022 (N.º exp.: 2371/2019).

22.- El 20 de julio de 2022 el Pleno de la Corporación acuerda estimar parcialmente el Recurso de Reposición, presentado por la entidad «UTE (...)» contra el Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de 18 de mayo de 2022, en los términos recogido en el mismo.

23.- Paralelamente, la Junta de Gobierno Local acuerda, el 22 de junio de 2022, la aprobación técnica del Proyecto Modificado de la obra denominado: «PROYECTO MODIFICADO PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL MERCADO AGRÍCOLA DE VEGA DE SAN MATEO» (2022-E-RE-1325, de fecha 20 de junio de 2022), por importe de TRES MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS EUROS CON OCHENTA Y OCHO CÉNTIMOS (3.598.400,88.-€), más el 7% del IGIG, que asciende a la cantidad de DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO EUROS CON SEIS CÉNTIMOS (251.888,06.-€), ascendiendo el presupuesto total a la cantidad de TRES MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO EUROS CON NOVENTA Y CINCO CÉNTIMOS (3.850.288,95.-€), lo que supone que las obras previstas en el proyecto modificado incrementan el precio del contrato en DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES EUROS CON OCHENTA Y UN CÉNTIMOS (267.353,81.-€) -IGIC incluido- siendo el presupuesto total TRES MILLONES CUATROCIENTOS VEINTINUEVE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO EUROS CON DIECINUEVE CÉNTIMOS (3.429.668,19.-€) una vez aplicado el porcentaje de baja ofrecido por el contratista (del 10,924395%) y, a su vez, se confirió trámite de audiencia al contratista (UTE (...) con C.I.F.: (...)) y a la redactora del proyecto ((...) con C.I.F.: (...)), por plazo de TRES (3) DÍAS HÁBILES, con traslado del Proyecto Modificado, para que presenten las alegaciones que se estimen pertinentes (Expdte.: N.º: 133/2022).

24.- El 4 de julio de 2022 (Nº Registro: 2022- E-RE-1428) se presenta escrito suscrito por (...), en nombre y representación de la entidad: (...), mediante el cual, en síntesis, pasa a presentar su oposición respecto al proyecto técnico modificado, presentado por la redactora, en base a los argumentos que se recogen en el mismo.

25.- El 9 de agosto de 2022 se emite Informe Técnico suscrito por el Técnico Municipal, mediante el cual pasa a informar respecto a las alegaciones presentadas por la entidad (...) el 4 de julio de 2022.

26.- El 5 de septiembre de 2022 se emite Informe-Propuesta confeccionado por el T.A.G. de la Corporación Local, conformado por parte de la Secretaria en la misma fecha, sobre el citado modificado.

27.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 9 de septiembre de 2022, se acuerda no aprobar el expediente de modificación del contrato de ejecución de las obras denominado: «CONSTRUCCIÓN DEL NUEVO MERCADO MUNICIPAL. MODIFICADO DE PROYECTO», consistente en la modificación del proyecto aprobado por la Junta de Gobierno Local el 22 de junio de 2022 y, a su vez, se requiere a la D.F. de la obra: (...), en calidad de responsable del Contrato, a emitir Informe, en un plazo no superior a cinco (5) días hábiles, en el que se manifieste respecto a las siguientes cuestiones:

« Si con la no aprobación del proyecto modificado, resultase viable o no, en su caso, ejecutar la prestación principal en su totalidad (ejecución material del proyecto técnico originario) en los términos inicialmente pactados (proyecto técnico originario denominado: "CONSTRUCCIÓN DE MERCADO AGRÍCOLA DE VEGA DE SAN MATEO", T.M. de Vega de San Mateo, de fecha julio de 2018, y aprobado por la Junta de Gobierno Local a fecha 15 de enero de 2020).

A su vez, y para el caso de resultar imposible ejecutar la prestación principal en su totalidad en los términos inicialmente pactados; sea confeccionado, por parte de la D.F., Acta de comprobación y medición de la obra, debiendo ser citado para ello la entidad contratista al objeto de realizar la preceptiva comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista».

El plazo conferido de cinco (5) días hábiles, para evacuar el requerimiento de emisión de Informe por parte de la D.F. referenciada, fue ampliado por tres (3) días hábiles más mediante acuerdo de fecha 19 de septiembre de 2022 (Expdte. N.º: 133/2022).

28.- Con fecha fecha 23 septiembre de 2022 Informe de la entidad: (...), en calidad de Director Facultativo.

III

Las actuaciones del procedimiento de resolución contractual son los siguientes:

1.- La Junta de Gobierno Local, con fecha 5 de octubre de 2022, acuerda incoar la resolución del contrato denominado "Construcción del Mercado Agrícola de Vega de San Mateo», motivado por la imposibilidad de ejecutar la prestación principal en su totalidad -ejecución material del proyecto técnico originario- en los términos inicialmente pactados (proyecto técnico originario denominado: «CONSTRUCCIÓN DE MERCADO AGRÍCOLA DE VEGA DE SAN MATEO», T.M. de Vega de San Mateo, de fecha julio de 2018, y aprobado por la Junta de Gobierno Local a fecha 15 de enero de 2020) debido a la no aprobación del expediente de modificación del contrato de ejecución de las obras denominado: «CONSTRUCCIÓN DEL NUEVO MERCADO MUNICIPAL. MODIFICADO DE PROYECTO», acordado por la Junta de Gobierno Local el 9 de septiembre de 2022). En el acuerdo de incoación, a su vez, se pasó a conferir trámite de audiencia a la entidad contratista por un plazo diez días naturales (Expdte. N.º: 2155/2022).

2.- Mediante escrito, de fecha 17 de octubre de 2022 (N.º Registro: 2022-E-RE-2302) y suscrito por (...), en nombre y representación de la entidad: (...), se solicita, entre otros, la ampliación del plazo para el trámite de audiencia conferido en el Acuerdo de fecha 5 de octubre de 2022, citado anteriormente.

3.- El 21 de octubre de 2022 la Junta de Gobierno Local de la Corporación, acuerda estimar parcialmente la solicitud interesada por la entidad (...) en fecha 17 de octubre de 2022 respecto a la ampliación del plazo de 10 días naturales, recogido en el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 5 de octubre de 2022 por la que se incoó trámite de Audiencia al interesado (...), por un plazo de cinco (5) días naturales.

4.- La entidad contratista presenta escrito el 24 de octubre de 2022 (N.º: Registro: 2022-E-RE-2391), mediante el cual manifiesta su expresa oposición respecto a la resolución del contrato basándose en los argumentos que se recogen en el mismo, fundamentalmente en que la causa de resolución no es imputable a la misma y que debe ser indemnizada.

5.- También consta escrito de Recurso de Reposición, presentado por la entidad (...) el 24 de octubre de 2022 (Nº. Registro: 2022- E-RE-2390) contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 9 de septiembre de 2022 ya referenciado en los antecedentes (no aprobación del modificado) y en base a los argumentos que se recogen en el mismo (Expdte. N.º: 133/2022).

6.- El Informe-Propuesta, confeccionado por parte del T.A.G. de la Corporación Local el 28 de octubre de 2022 y conformado por la Secretaria de la Corporación Local en la misma fecha, propone la resolución del contrato por imposibilidad material de ejecutar la prestación principal (ejecución material del proyecto técnico originario) en los términos inicialmente pactados (proyecto técnico originario denominado: «CONSTRUCCIÓN DE MERCADO AGRÍCOLA DE VEGA DE SAN MATEO», T.M. de Vega de San Mateo, de fecha julio de 2018, y aprobado por la Junta de Gobierno Local a fecha 15 de enero de 2020, por no ser posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205 LCSP acordado por la Junta de Gobierno Local el 9 de septiembre de 2022 , por lo que concurre la causa de resolución del contrato recogida en el art. 211.1.g) LCSP (las modificaciones relativas al gas radón), sin incumplimiento culpable del contratista, con devolución de la garantía definitiva, y sin indemnización.

IV

1. La Propuesta de Resolución plantea resolver el contrato por la causa prevista en el art. 211.1 g) de la LCSP, al ser imposible ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, al no poderse modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205 LCSP, lo cual se acordó por la Junta de Gobierno Local el 9 de septiembre de 2022. Concorre, en consecuencia, la causa de resolución del contrato recogida en el art. 211.1.g) LCSP (el proyecto inicial no contempla las previsiones necesarias para evitar las radiaciones del gas radón lo que impide la ejecución del proyecto en los términos inicialmente previstos, al ser necesario un nuevo proyecto para recoger las adaptaciones necesarias), sin incumplimiento culpable del contratista, con devolución de la garantía definitiva, y sin indemnización.

2. Como consecuencia de la imprevisión e insuficiente contenido del proyecto inicial que no contempla la necesidad de prevenir las radiaciones del gas radón, el proyecto inicial no se puede ejecutar en los términos en que fue redactado, siendo necesario la elaboración de un nuevo proyecto, no teniendo tampoco la entidad adjudicataria la clasificación ni los medios para la correcta ejecución del contrato.

Por tanto, este Consejo considera que concurre la causa prevista en el art 211.1 g) de la LCSP, esto es, la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205 LCSP.

En consecuencia, los motivos para la resolución del contrato no son imputables al contratista.

Sobre esta cuestión, podemos traer a colación lo señalado en el DCC 273/2016, de 19 de septiembre, cuya doctrina resulta aplicable al presente asunto -si bien en aquel caso se refería al art. 107.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), referido a las modificaciones del contrato no previstas en la documentación que rige la licitación, de la misma manera que el actual art. 205 LCSP se refiere a las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares- donde se señalaba:

«De los supuestos que establece el art. 107.1 TRLCSP para que se puedan realizar modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación, el único que cabe considerar aquí es el descrito en su párrafo a), porque no se dan las circunstancias que caracterizan a las otras causas de modificación tipificadas en dicho precepto.

El art. 107.1.a) TRLCSP contempla como causa de modificación contractual la inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.

Los Servicios de la Comisión Europea, Dirección General de Mercado Interior y Servicios, tras la entrada en vigor del nuevo régimen de modificaciones de los contratos públicos que se contiene dentro del actual art. 107 TRLCSP, expusieron a las autoridades españolas la necesidad de que sus disposiciones se interpretaran de conformidad con las Directivas en materia de contratación pública y con la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de modificación de contratos, a fin de posibilitar una interpretación uniforme sobre dicha materia en toda la Unión Europea.

Este es el motivo por el cual la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal, con base en el art. 2.4 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, que establece su régimen jurídico y funcional, aprobó la Recomendación, de 1 de marzo de 2012, a los órganos de contratación sobre la interpretación del régimen contenido en el art. 107 TRLCSP (BOE de 10 de abril de 2012). En ella, respecto al art. 107.1, a) TRLCSP se dice:

«Este precepto debe interpretarse en términos análogos a los contenidos de forma expresa dentro del artículo 107, apartado 1, letra b), en su último inciso, en cuanto señala

que las modificaciones de un contrato público vinculadas a circunstancias geológicas, hídricas, arqueológicas, medioambientales y similares que no fuesen previsibles con anterioridad a la adjudicación del contrato, deben entenderse respetando la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas. La diligencia exigida en el caso de modificaciones producidas por las circunstancias contenidas dentro de este precepto, es la misma que la que se exige en el caso de que se trate de modificaciones de un contrato público vinculadas a errores u omisiones del proyecto, por lo que, aunque no conste así de forma expresa dentro de este subapartado o letra a), la referencia a esta diligencia contenida dentro de la letra b) del mismo precepto, se puede hacer extensiva y aplicable al primer subapartado».

Interpretación que es lógica e impuesta por la finalidad de garantizar la igualdad y transparencia en las licitaciones, la cual inspira a la normativa sobre contratación pública. De no entenderse así, se permitiría a los poderes adjudicadores que aprobaran proyectos defectuosos para luego, con el pretexto de remediar sus deficiencias, poder modificar el contrato, alterando así las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación.

Pero aun en el caso de que se realice este supuesto de hecho -es decir, que los errores u omisiones del proyecto no obedezcan a la infracción de la lex artis profesional- si la modificación contractual necesaria para adecuar la prestación constituye una alteración de las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, entonces no podrá hacerse, sino que deberá resolverse el contrato y proceder a una nueva licitación (art. 107.2 TRLCSP en relación con el art. 105.1 del mismo texto legal).

El art. 107.3.d) TRLCSP define como alteración de las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación el siguiente supuesto: «Cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite».

4. En el presente supuesto, está establecido que el proyecto de la obra de reforma adolece de errores u omisiones que imponen su modificación a fin de que el edificio satisfaga las necesidades a las que está destinado. De hecho, en este extremo están de acuerdo tanto el Ayuntamiento como la contratista, la cual ha expresado su conformidad al modificado dirigido a subsanar esas deficiencias del proyecto».

3. En cuanto a los efectos de la Resolución, conforme al art. 213.4 de la LCSP el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar. Los motivos de oposición del contratista a la modificación contractual se amparan en la Ley y son justificados.

En este punto, pues, la propuesta de resolución deberá reconocer la indemnización prevista en la Ley, sin que pueda justificar la no indemnización del contratista en la oposición de éste a la modificación del contrato, por ser una oposición justificada en la imposibilidad de ejecutar el proyecto inicialmente aprobado por causa que no le es imputable (DCC 273/2016, de 19 de septiembre y 113/2022, de 24 de marzo, entre otros).

Así, señala el DCC 273/2016: «5. La resolución el contrato con fundamento en la causa del art. 223.g) TRLCSP obliga que se resarza a la contratista con una suma igual al 3% del precio de las obras pendientes de ejecutar (art. 225.5 TRLCSP). Esta es una indemnización tasada y que comprende todos los daños y perjuicios causados a la contratista por la resolución del contrato, sin que por esta causa proceda ningún abono indemnizatorio distinto del que resulta de aplicar el referido porcentaje al precio de las unidades de obra pendientes de ejecución».

Por tanto, procede también devolver la garantía constituida al contratista, al ser la causa de resolución no imputable al mismo (arts. 213.3 y 5 LCSP).

Finalmente, conforme al art. 246 de la LCSP y 30 PCAP deberá procederse a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista. Será necesaria la citación de este, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se resuelve el contrato administrativo de la obra «*Construcción del nuevo mercado agrícola de la Vega de San Mateo*» adjudicado el 7 de octubre de 2020 a la UTE (...) por un precio de 3.162.314,38 euros, sin culpa del contratista, por la causa prevista en el art. 211.1 g) de la LCSP, esto es, imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, es parcialmente conforme a Derecho, ya que el contratista tiene derecho a ser indemnizado en la forma prevista en el art 213.4 de la LCSP, además de proceder la liquidación del contrato y la devolución de la garantía constituida.