



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 3 6 / 2 0 2 3

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 1 de junio de 2023.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Pájara, en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de resolución del contrato de servicios 6/2020SER «Servicios de redacción de proyectos, dirección de obras y coordinación de seguridad y salud de las obras para la construcción de equipamiento comunitario de servicios municipales», adjudicado a la entidad (...) (EXP. 172/2023 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica del Informe-Propuesta de Resolución (art. 175 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales) formulado por el Ayuntamiento de Pájara en cuya virtud se acuerda la resolución del contrato administrativo de servicios adjudicado a la entidad mercantil (...), que tiene por objeto la *«Redacción de proyectos, dirección de obras y coordinación de seguridad y salud de las obras para la construcción de equipamiento comunitario de servicios municipales».*

2. La legitimación para solicitar la emisión del dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde al Alcalde del Ayuntamiento de Pájara, según lo dispuesto en el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias - en adelante, LCCC-.

3. Es competencia del Consejo Consultivo la emisión, con carácter preceptivo, de dictamen en los supuestos de *« (...) nulidad, interpretación, modificación y resolución de los contratos administrativos en los casos previstos en la normativa general de contratación administrativa»* [art. 11.1.D, apartado c) LCCC]. En este

* Ponente: Sra. de León Marrero.

sentido, el art. 191.3, letra a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), 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- señala que « (...) será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación: a) La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista», precepto que es de aplicación porque el 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.

Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP (Disposición derogatoria 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.

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

4.1. 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 administrativo de servicios denominado «Redacción de proyectos, dirección de obras y coordinación de seguridad y salud de las obras para la construcción de equipamiento comunitario de servicios municipales», el 19 de junio 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 citado RGLCAP- aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado.

4.2. Respecto al Derecho procedimental aplicable se ha de señalar que las normas de procedimiento aplicables serán las vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a la resolución del contrato.

A la vista de lo anteriormente expuesto, y habiéndose iniciado el presente procedimiento de resolución contractual el día 6 de marzo de 2023 a través de Decreto de la Alcaldía n.º 1305/2023, procede acudir, en primer lugar, al art. 191.3 LCSP, 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.

Además, en el ámbito local, se preceptúa como necesario el informe jurídico del Secretario de la Corporación o, en su caso, de la asesoría jurídica de la Corporación, tal y como ocurre en el presente supuesto, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Tercera, apartado 8, LCSP.

Por su parte, el art. 112.2 LCSP establece que «El avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los términos previstos en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común» y 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, lo que en el presente caso no es preciso dado que no se ha presentado avalista ni asegurador.

5. En cuanto al plazo de resolución contractual, cabe señalar que la Comunidad Autónoma, a través de la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2023 ha ejercido su competencia de desarrollo y ejecución en materia de contratación en el concreto aspecto del plazo de estos procedimientos. Así, dispone la Disposición adicional Sexagésima segunda de la citada Ley, lo siguiente:

«Sexagésima segunda. Procedimientos de resolución contractual en materia de contratación pública.

Los procedimientos de resolución contractual que se tramiten en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, incluidas sus entidades locales, y estén incluidos en el ámbito de aplicación de la legislación estatal de contratos del sector público, deberán ser instruidos, resueltos y notificados, en el plazo máximo de ocho meses. La falta de resolución expresa en el plazo indicado conllevará la caducidad y el archivo de las actuaciones».

Por tanto, podemos concluir que el procedimiento de resolución contractual iniciado el 6 de marzo de 2023 caducaría el 6 de noviembre de 2023, si antes no se resuelve y se notifica la resolución al interesado.

Asimismo, de acuerdo con la doctrina de este Consejo Consultivo expuesta en el Dictamen 481/2022, de 7 de diciembre, al que nos remitimos, es posible la suspensión de este plazo por el tiempo que media entre la solicitud del presente Dictamen y su definitiva recepción, siempre que concurren los requisitos establecidos en tal doctrina.

6. El órgano competente para dictar resolución es el Alcalde del Ayuntamiento de Pájara (Disposición adicional segunda.1 LCSP), por ser el órgano de contratación (art. 212.1 LCSP). Como tal órgano de contratación ostenta la prerrogativa de acordar la resolución del contrato, conforme al art. 190 LCSP, sin perjuicio de las posibles delegaciones de competencia.

II

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

1. Mediante Decreto de Alcaldía n.º 3527/2020, de 19 de junio, y previa tramitación del correspondiente procedimiento de licitación, se acuerda adjudicar a la empresa (...), el contrato administrativo de servicios denominado *«Redacción de proyectos, dirección de obras y coordinación de seguridad y salud de las obras para la construcción de equipamiento comunitario de servicios municipales»*.

2. Con fecha 6 de julio de 2020 se procede a la suscripción del documento administrativo de formalización del contrato administrativo de referencia.

3. El 22 de octubre de 2020 se presenta escrito por la contratista solicitando que se prorrogue el plazo de ejecución del proyecto en cinco semanas, hasta el 13 de diciembre de 2020, lo que se justifica señalando:

«Que, habiendo concluido la fase anteproyecto, con el desarrollo en la misma de las distintas opciones, tanto volumétricas como superficiales, consensuadas con el equipo técnico y laboral en sucesivas reuniones y conversaciones vía email con la oficina técnica del Ayuntamiento de Pájara, celebrada la última de ellas el viernes día dos (2) de octubre de 2020 donde se elige definitivamente la opción proyectual que se adjunta en Anexo I, encontramos limitado el plazo restante hasta la conclusión del límite del contrato descrito en Pliegos, el cual consta de 4 meses desde la firma del mismo. El cual se determina hasta el día seis (6) de noviembre de 2020».

4. Mediante escrito de aquella misma fecha, la contratista solicita informe geotécnico según las características del terreno y edificaciones que componen la propuesta contratada, señalando al efecto:

«Para dar cumplimiento al contrato firmado para la realización del proyecto de ejecución del Expediente antes mencionado, y atendiendo a la guía GETCAN-011 nos encontramos en terreno T-3 en la unidad I (Complejos Basales).

Según la guía GETCAN en T-3 debemos adoptar los mismos parámetros en T-2 pero interpolando puntos de reconocimiento en aquellas zonas que consideremos más delicadas.

La edificación tiene menos de 4 plantas por lo que se considera de tipo C-1.

Para T-2 y C-1 la distancia máxima entre sondeos es de 30 m y la profundidad mínima es de 8 m.

En función de estos datos se adjunta una propuesta de puntos de muestreo. Quedando a disposición para cualquier tipo de aclaración previa o en fase de realización del muestreo».

5. Tras emitirse informe favorable a la ampliación el 29 de octubre de 2020 por el Arquitecto Municipal y técnico supervisor del proyecto, por Decreto de la Alcaldía n.º 5682/2020, de 2 de noviembre de 2020, se aprueba la prórroga solicitada, de lo que recibe notificación la contratista el 3 de noviembre de 2020.

6. El 14 de diciembre de 2020 se presenta nuevo escrito del contratista en el que se señala:

«En referencia al Expediente 6/2020SER para la redacción de proyecto de nueva planta para equipamiento de servicios municipales, se ha realizado la petición del informe geotécnico con fecha de 22 de noviembre de 2020 luego de coordinación con oficina geotécnica. De igual forma, y mediante registro electrónico con entrada Unidad de Registro:REG02 (REGISTRO GENERAL) Número de Registro:2020/13657. Fecha/Hora:22/10/2020 a las 20:32:05, se solicita prórroga para la entrega del documento de proyecto para tal expediente. Cumpliéndose el plazo de entrega mañana día 14, y dado que el informe geotécnico que se solicita es necesario para la terminación del proyecto a

entregar, damos entrada a este registro para que se tenga en cuenta de cara a la entrega que se realizará en plazo, pero con anotaciones al respecto de los datos que solicitamos y no hemos recibido.

Esto se reflejará tanto en cálculo, como en presupuesto y mediciones, datos que podremos subsanar una vez tengamos dicho informe».

7. El 16 de diciembre de 2020 se remite a la contratista el informe Geotécnico solicitado.

8. En fecha 17 de diciembre de 2020 el contratista presenta escrito solicitando nueva ampliación del plazo de cuatro semanas para el estudio del informe Geotécnico y ajuste al proyecto en mediciones y cálculos.

9. El 15 de febrero de 2021 se entrega el proyecto por la mercantil.

10. El 16 de marzo de 2021 se emite informe de supervisión municipal donde se realizan diversas observaciones al proyecto, por lo que el 30 de marzo de 2021 se requiere a la contratista para su corrección.

11. Sin que conste su fecha, se emite informe técnico sobre incumplimiento del contrato, señalando en el mismo:

« (...)

5.- La separata eléctrica quedó pendiente de punto de enganche por parte de la compañía suministradora. El punto de enganche se indicó en el mes de julio.

6.- Desde el mes de julio, se ha requerido la entrega del proyecto en numerosas ocasiones, sin que el redactor lo haya entregado, justificando su retraso por diferentes motivos que no se consideran procedentes.

Ante el excesivo retraso en la ejecución del contrato, se ha de solicitar al departamento de contratación que tome las medidas oportunas conforme al PCAP, con la imposición de penalidades o resolución del contrato. No se considera que haya motivos externos que impidan la entrega del proyecto, por lo que el retraso es imputable al contratista.

Conclusión:

1.- Quien suscribe considera, a la vista de lo expuesto en el apartado anterior, ante el incumplimiento por parte del contratista, se adopten las medidas oportunas conforme a lo indicado en el PCAP».

12. Mediante oficio a la contratista, notificado el 13 de diciembre de 2021, se le requiere, bajo apercibimiento de resolución por incumplimiento del contrato, para que, en plazo no superior a cinco días hábiles haga entrega del proyecto de ejecución una vez subsanadas las deficiencias.

13. Por su parte, la contratista presenta escrito el 20 de diciembre de 2021 solicitando la ampliación en cinco días más para la entrega del proyecto *«debido a los cambios sustanciales y continuados de precios de material de construcción y mano de obra»*.

14. El 26 de enero de 2022 se entrega el proyecto corregido por la contratista, si bien se le requiere hasta en dos ocasiones los presupuestos actualizados, lo que entrega el 3 de octubre de 2022.

15. El 20 de enero de 2023 se produce la ejecución completa de la prestación relativa a la aprobación del proyecto, por lo que, en la misma fecha, se le remite oficio por parte del órgano de contratación solicitando la elaboración del acta de replanteo, estableciendo como fecha para su firma el 7 de febrero de 2023.

16. Mediante escrito de 30 de enero de 2023 la contratista solicita una modificación del precio del contrato, con un aumento de los honorarios correspondientes a la fase de dirección de obras al entender que *«la magnitud de los cambios que ha sufrido el proyecto original, para trasponerlo al tiempo de ejecución de los trabajos y por ende al tiempo real que llevará la dirección de obras, y que en modo alguno puede equipararse al estimado inicialmente»*.

17. Mediante escrito del órgano de contratación, notificado al contratista el 7 de febrero de 2023, se informa a aquélla de que no es posible acceder a su petición, instándola nuevamente a la entrega del acta de replanteo de la obra de forma inmediata, y, en todo caso, en un plazo máximo de tres días hábiles, bajo apercibimiento de incoación de procedimiento de resolución contractual.

18. El 13 de febrero de 2023 la contratista presenta escrito en el que manifiesta:

« (...) los cambios llevados a cabo a solicitud del Ayuntamiento y con posterioridad a la firma del contrato, al menos, triplican los tiempos de trabajo en obra, considerando inválido esta parte del contrato, a tenor de lo que ustedes mismos establecen en él, pues determina un máximo de 4 meses para el proyecto y ejecución de las obras (punto 6 del Pliego), algo imposible de realizar, por lo que en base al punto 9 del Pliego, la fase de dirección de obras no podría llevarse a cabo, y, por ende, debe pactarse una modificación para llevarla a cabo.

(...)

Por tanto, esta parte no renuncia al cumplimiento del contrato, sino que solicita que su cumplimiento sea posible, con una ampliación del plazo y consecuentemente una adecuación de los honorarios al afecto».

Se señalan en este escrito los argumentos en los que se funda que no se firme el acta de replanteo, solicitando una modificación del contrato, expresando incumplimientos por parte de la Administración y errores del contrato.

19. El 1 de marzo de 2023 se emite informe técnico relativo al incumplimiento del contrato por la mercantil desde el 13 de febrero de 2023, en la fase de dirección y coordinación de seguridad y salud de las obras, al negarse la contratista a firmar el acta de replanteo.

A tal efecto, este informe refuta cada uno de los argumentos esgrimidos por la contratista, y realiza una valoración de daños ocasionados a la Administración por importe de 23.144,46€ + 17.552,06€ = 40.696,52€, el primero en concepto de la dirección facultativa nueva de obras y su consiguiente incremento al ser un equipo nuevo que no conoce el proyecto que ha redactado, más el interés de demora por el retraso en la ejecución de la obra, al estar el proyecto listo para su ejecución.

III

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

1. Mediante Decreto de la Alcaldía n.º 1305/2023, de 6 de marzo de 2023, se acuerda incoar procedimiento administrativo encaminado a la resolución del contrato administrativo de referencia imputable al contratista.

2. Tras concederse preceptivo trámite de audiencia al contratista, notificado el 7 de marzo de 2023, el 10 de marzo de 2023 se presenta escrito de alegaciones por (...), por las que se opone a la resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista.

3. Con fecha 7 de junio de 2023 se emite informe jurídico por la Secretaría General en el que se propone la resolución del contrato por causa imputable al contratista, con determinación de indemnización de daños y perjuicios en la cuantía de 40.696,52€ determinado que tal cantidad se hará efectiva mediante la incautación de la garantía definitiva, por importe de 1.937,81 €, haciéndose efectivo lo restante mediante la vía de apremio sobre la contratista.

4. En la misma fecha, tal informe jurídico se eleva a Propuesta de Resolución.

5. Mediante oficio de 20 de marzo de 2023 (con registro de entrada en este Organismo consultivo al 31 de marzo de 2023), el Alcalde del Ayuntamiento de Pájara

solicita la emisión del dictamen preceptivo de este Consejo Consultivo al amparo de lo dispuesto en su ley reguladora.

IV

1. Las causas de resolución de los contratos administrativos vienen establecidas con carácter general en el art. 211 LCSP, y de forma específica, para el contrato de servicios, en el art. 313 y ss. LCSP, normativa a cuya aplicación remite la cláusula 35 del PCAP del presente contrato.

Pues bien, se esgrime en el Decreto de inicio del procedimiento de resolución, como casusa de resolución del contrato que nos ocupa, sin que, no obstante, se señale el artículo en el que se fundamenta, la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, al señalar que se ha incumplido la obligación de éste establecida en el art. 193.1 LCSP, que establece que *«el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva»*. A esta obligación se anuda la previsión del art. 193.3, que atribuye a la Administración la potestad para optar por la resolución del contrato o la imposición de penalidades en caso de demora en el plazo total en su cumplimiento, previniendo la misma prerrogativa en el apartado 5 por incumplimiento de los plazos parciales.

Por su parte, el art. 194.1 LCSP establece: *«En los supuestos de incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso o de demora en la ejecución en que no esté prevista penalidad o en que estándolo la misma no cubriera los daños causados a la Administración, esta exigirá al contratista la indemnización por daños y perjuicios»*.

Ciertamente, el incumplimiento de los plazos remite a la causa de resolución de los contratos prevista en el art. 211.1.d), que establece como causa de resolución de los contratos administrativos la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, señalando, por su parte, el art. 313, relativo a las causas y efectos de la resolución de los contratos de servicio:

«1. Son causas de resolución de los contratos de servicios, además de las generales, las siguientes:

a) El desistimiento antes de iniciar la prestación del servicio o la suspensión por causa imputable al órgano de contratación de la iniciación del contrato por plazo superior a cuatro meses a partir de la fecha señalada en el mismo para su comienzo, salvo que en el pliego se señale otro menor.

b) El desistimiento, una vez iniciada la prestación del servicio o la suspensión del contrato por plazo superior a ocho meses acordada por el órgano de contratación, salvo que en el pliego se señale otro menor.

c) Los contratos complementarios quedarán resueltos, en todo caso, cuando se resuelva el contrato principal.

2. La resolución del contrato dará derecho al contratista, en todo caso, a percibir el precio de los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiese realizado con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidos por la Administración.

3. En los supuestos de resolución previstos en las letras a) y c) del apartado primero del presente artículo, el contratista solo tendrá derecho a percibir, por todos los conceptos, una indemnización del 3 por ciento del precio de adjudicación del contrato, IVA excluido.

En los supuestos de resolución contemplados en la letra b) del apartado 1 del presente artículo, el contratista tendrá derecho a percibir, por todos los conceptos, el 6 por ciento del precio de adjudicación del contrato de los servicios dejados de prestar en concepto de beneficio industrial, IVA excluido, entendiéndose por servicios dejados de prestar los que resulten de la diferencia entre los reflejados en el contrato primitivo y sus modificaciones aprobadas, y los que hasta la fecha de notificación del desistimiento o de la suspensión se hubieran prestado».

2. Sin embargo, a pesar de la fundamentación jurídica que se señala en el acuerdo de inicio del procedimiento de resolución del contrato, referida a la demora en el cumplimiento de los plazos por el contratista, ni su contenido ni el de la Propuesta de Resolución justifican la resolución en esta causa, sino en la renuncia del contratista a cumplir el contrato, planteando una modificación del mismo para ello.

Esto reconduciría a la causa de resolución consistente en el incumplimiento de la obligación principal del contrato, prevista en el art. 211.1.f) LCSP.

Resulta determinante para el análisis de la resolución del procedimiento que nos ocupa el informe sobre incumplimiento del adjudicatario del contrato, emitido el 1 de marzo de 2023 por el Arquitecto Técnico Municipal responsable del contrato, respecto de las argumentaciones del contratista en su escrito presentado el 13 de febrero de 2023, tras ser requerido por segunda vez para la firma del acta de replanteo.

Señala este informe:

«1.- Con fecha 06/07/2020 se firma contrato de servicios de redacción de proyectos, dirección de obras y coordinación de seguridad y salud de las obras para la construcción de

equipamiento comunitario de servicios municipales entre el ayuntamiento de Pájara y la empresa (...)

El importe de licitación del contrato fue de 45.570,43€ IGIC incluido. El precio del contrato es de 41.468,99€ IGIC incluido.

Conforme a lo indicado en los pliegos técnico y administrativo, el contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, siendo obligación del mismo la indemnización por los daños y perjuicios que se causen por sí mismo o personal dependiente del mismo.

El equipo dirigirá la ejecución de las obras con arreglo al proyecto presentado y asumirá las modificaciones del proyecto consecuentes de los trabajos de dirección si estas fueran requeridas. El firmante del proyecto será necesariamente el director de la obra.

El pago de honorarios se distribuye en dos pagos:

70% proyecto

30% dirección de obras = 12.440,70€.

2.- Con fecha 13/02/2023 se considera incumplido el contrato, en particular a la fase de dirección y coordinación de seguridad y salud de las obras, al negarse el adjudicatario a firmar el acta de replanteo de las obras, necesario para iniciar el expediente de contratación de las mismas.

3.- El adjudicatario presenta, un escrito firmado con fecha 13 de febrero de 2023, en el que manifiesta una serie de motivos por los cuales no le es posible cumplir con el contrato. Se procede a analizar si los motivos esgrimidos por el contratista están justificados o por el contrario, no lo están:

3.1.- El PPT del contrato, en el apartado de pago de honorarios, establece un porcentaje del 70% de precio del contrato a abonar a la entrega del proyecto, tras la supervisión favorable, y un 30% a la recepción de las obras. Además, prevé que el Ayuntamiento, por algún motivo puede que no ejecute finalmente las obras, con lo cual no se abonaría el 30% correspondiente a la dirección de obras, sin derecho a reclamación por el adjudicatario.

Esto no significa en ningún caso que el adjudicatario pueda decidir unilateralmente renunciar a la dirección de las obras, lo que supone un flagrante incumplimiento del contrato.

3.2.- El adjudicatario expone que el Ayuntamiento le solicitó modificar el proyecto respecto al "proyecto original" con el que se ganó el concurso, motivo por el cual se superó el plazo de los meses (4) asignados a la redacción del proyecto.

Esto no es cierto. En los criterios de valoración subjetiva del PCAP se valoraba la aportación de imágenes renderizadas en las que se aprecie una propuesta volumétrica de la edificación integrada en el entorno rural y adaptada a la topografía. Se indicaba que dicha

propuesta no será vinculante para la morfología definitiva de la edificación. Servirá para valorar la calidad de las ideas del equipo redactor, y el cuidado por la integración de un uso de servicios públicos en el medio rural.

La propuesta presentada en la licitación no es un proyecto, sino una mera aproximación, que sirve, como se indica en los pliegos, para valorar las ideas del equipo redactor, y en ningún caso supone que el proyecto definitivo tenga que ajustarse a aquella idea.

La serie de modificaciones que el redactor indica que le han hecho aumentar el plazo de redacción no son sino las correcciones del proyecto realizadas durante la fase de redacción. Conforme al contenido del proyecto indicado en el PPT:

-Correcciones derivadas del trámite y elaboración y entrega del proyecto definitivo. Durante la elaboración del Proyecto, el proyectista se mantendrá en contacto directo y permanente con los Servicios Técnicos correspondientes del ayuntamiento, recabando de éstos la aprobación de las soluciones básicas adoptadas, para evitar posibles malentendidos y de esta forma optimizar al máximo el trabajo. El Proyecto formará un conjunto completo y terminado y estará redactado de modo que permita a un técnico distinto del autor llevar a cabo la dirección y ejecución de las obras sin dificultad alguna de interpretación de su contenido, y finalizarlas de manera que su funcionamiento sea correcto y adecuado al fin que se pretende.

No se ha realizado ningún cambio en el programa requerido, ni en las necesidades municipales indicadas en el PPT.

Aparte de esto, pese a no tener repercusiones al ser la propuesta inicial simplemente una aproximación a la idea, tampoco se entiende que el contratista afirme que el "proyecto inicial" tenía 5 edificios y que el Ayuntamiento lo modificó a 7, cuando se puede observar en las siguientes imágenes que forman parte del escrito presentado por el propio contratista que la propuesta inicial también tenía 7 edificios. Por otro lado, la propuesta con la configuración definitiva fue propuesta por el redactor, y aceptada por el Ayuntamiento.

Se puede observar que en la propuesta inicial también hay 7 edificios y no 5, como afirma el contratista. -Se aportan imágenes-

3.3.- También considera el contratista que el plazo del contrato era de 4 meses, por lo cual es imposible realizar la dirección de obras.

Esto no es así. El contratista confunde el método realizado para el cálculo de honorarios, que están liberalizados, con el plazo de ejecución de los trabajos. El plazo para la redacción del proyecto era de 4 meses. El plazo para la dirección de la obra, dependerá del plazo previsto en el proyecto redactado por el contratista, que en este caso era de 12 meses. Obviamente a la dirección de obras, con una visita semanal prevista, no se le dedica la totalidad de la jornada laboral. Cuando el adjudicatario se presentó al contrato era conocedor perfectamente del precio del mismo, los trabajos que estaban incluidos, y sobre

dicho precio presentó una baja económica. Claramente era conocedor de que las obras no durarían un mes.

Quando se emplea un método para el cálculo de unos honorarios que no están regulados, se puede emplear un método que realice una estimación del tiempo empleado. En este caso se estimaron cuatro meses de tiempo neto empleado por el equipo. Esto no significa necesariamente que el contrato tenga un plazo de 4 meses, ya que normalmente el equipo no se dedica en exclusiva a un único proyecto.

3.4.- El contratista considera en su escrito que cada mes de tiempo asignado a dirección de obras para los técnicos (arquitecto, ingeniero, aparejador, ing. Técnico), supone un tiempo de ejecución de obras efectivo de unos 2,5 meses aproximadamente, pues se estima que los técnicos acudirán a la obra, entre 3 y 4 veces por semana, al menos los primeros 4 meses de obra, durante la cimentación y levantamiento de tierras, luego las visitas a obra pueden bajar a entre 2 y 3 veces por semana.

Partiendo de que no es este el momento de valorar el precio del contrato en función del tiempo que se le va a dedicar, puesto que el adjudicatario debería haber hecho sus cálculos en función de sus costes de personal, dietas, traslados (...) antes de presentar su oferta, su estimación tampoco se ajusta a la realidad. El PPT exige una visita semanal como mínimo por parte del director de obra y coordinador de seguridad y salud, lo cual se considera suficiente (y no 3 o 4 visitas semanales).

3.5.- El contratista considera que la zona entre edificios no estaba incluida en el contrato.

Esta afirmación es incorrecta. El programa descrito en el PPT incluía la ejecución de zonas externas como aparcamiento de personal al aire libre, zona exterior de lavado manual a pistola y aspirado, puntos de recarga para vehículos eléctricos, almacén externo o muelle de carga y descarga. El resto de espacios urbanizados no son sino las comunicaciones horizontales entre los diferentes cuerpos edificatorios, con las características definidas en el CTE, que han de estar incluidos en cualquier tipología de edificación abierta, como el adjudicatario debería conocer.

4.- Se trata por tanto de la renuncia a la ejecución de un contrato que supone daños y perjuicios a la administración, cuya indemnización corresponde al adjudicatario conforme a lo indicado en el contrato. Se procede a realizar la estimación de los daños y perjuicios ocasionados.

A. Retraso en la ejecución de las obras.

B. Incremento del coste de la contratación de la nueva dirección de obras.

A.- Retraso en la ejecución de las obras.

El importe de las obras a ejecutar es el siguiente.

PRESUPUESTO EJECUCIÓN POR CONTRATA3. 182. 783,16 euros.

IGIC 7%222.794,82 euros.

TOTAL3.405.577,98 euros.

El retraso en el inicio de las obras supone el no poder invertir 3.182.783€. Se estima que el plazo para la realización y adjudicación del contrato de servicios necesario es de 3 meses, basándonos en el histórico del contrato previo, que se inició el día 05/03/2020 y se firmó el contrato el día 29/06/2020.

Considerando que el interés anual legal del dinero es del 3%, a 90 días le corresponde el siguiente importe: $3.128.789 \times 3 / 100 \times 90 / 365 = 23.144,46€$.

B- Incremento del coste de la contratación de la nueva dirección de obras.

El tiempo destinado a la dirección de la obra será superior al previsto inicialmente, debido a que la dirección no corresponde a los redactores del proyecto, y requiere de un análisis previo, de la adopción de soluciones constructivas y detalles que no son propios, además de la dificultad ante la posible ejecución de documentación modificada. También se ha estimado un incremento del 20% por encargo parcial, al no ser redactores del proyecto, ya que conforme al Art. 17.7 de la LOE, quien acepte la dirección de una obra cuyo proyecto no haya elaborado él mismo, asumirá las responsabilidades derivadas de las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto. Esto implica la asunción de responsabilidad sobre un trabajo existente, así como un incremento de primas de seguros de responsabilidad civil del director de las obras.

Fase encargada: Dirección de obras y coordinación de S y S.

Titulación: Equipo multidisciplinar formado por varios técnicos (arquitecto, ingeniero técnico industrial y aparejador).

Honorarios estimados: 29.992,76€. Incluidos impuestos, gastos de visados y tasas en su caso.

Situación: C. Blanco. RC 35016A001003860000XP - T.M. Pájara

Plazo de las obras: 11 meses.

El incremento del coste de la nueva contratación se estima por tanto en 29.992,76€ - 12.440,70€ = 17.552,06€

No se entra a valorar debido a su difícil cuantificación el retraso en el disfrute de las nuevas instalaciones efectuadas ni el coste del personal dedicado a la resolución del expediente y de la nueva contratación de la dirección de obras.

La estimación de los daños ocasionados asciende a 23.144,46€ + 17.552,06€ = 40.696,52€».

3. Como se expuso en los antecedentes de la resolución del contrato, la redacción del proyecto estuvo sometida a diversas vicisitudes que conllevaron varias ampliaciones del plazo inicial de entrega, solicitadas por el contratista y aceptadas por la Administración, bien de forma expresa, bien tácitamente, admitiendo los retrasos de la contratista. Ello, de tal manera que, habiendo previsto la cláusula tercera del contrato que el plazo para la entrega del servicio consistente en la redacción del proyecto sería de cuatro meses desde la firma del contrato, lo que sucedió el 6 de julio de 2020, es el 20 de enero de 2023 cuando se produce la ejecución completa de la prestación relativa a la aprobación del proyecto, lo que fue aceptado por la Administración, pues en la misma fecha, remite oficio a la contratista solicitando la elaboración del acta de replanteo, apercibiéndose de su firma en fecha de 7 de febrero de 2023.

Es en este momento, en el que se plantea por parte del contratista una posición contraria al cumplimiento del contrato firmado, pues, mediante escrito de 30 de enero de 2023 solicita una modificación del precio del contrato, con un aumento de los honorarios correspondientes a la fase de dirección de obras y coordinación de seguridad y salud de las obras, al entender que *«la magnitud de los cambios que ha sufrido el proyecto original, para trasponerlo al tiempo de ejecución de los trabajos y por ende al tiempo real que llevará la dirección de obras, y que en modo alguno puede equipararse al estimado inicialmente»*.

Y, tras recibir escrito del órgano de contratación, el 7 de febrero de 2023, en el que informa que no es posible acceder a su petición, instando nuevamente a la contratista a la entrega del acta de replanteo de la obra de forma inmediata, y, en todo caso, en un plazo máximo de tres días hábiles, bajo apercibimiento de incoación de procedimiento de resolución contractual, el 13 de febrero de 2023 la contratista presenta escrito en el que manifiesta:

« (...) los cambios llevados a cabo a solicitud del Ayuntamiento y con posterioridad a la firma del contrato, al menos, triplican los tiempos de trabajo en obra, considerando inválido esta parte del contrato, a tenor de lo que ustedes mismos establecen en él, pues determina un máximo de 4 meses para el proyecto y ejecución de las obras (punto 6 del Pliego), algo imposible de realizar, por lo que en base al punto 9 del Pliego, la fase de dirección de obras no podría llevarse a cabo, y, por ende, debe pactarse una modificación para llevarla a cabo».

4. Efectivamente, entendemos que de las manifestaciones del contratista y de la propia negativa a firmar el acta de replanteo en el momento en el que fue instada a

ello por la Administración, se produce un incumplimiento del contratista de la obligación principal del contrato, entendiéndose que el mismo tiene por objeto, por un lado, la redacción del proyecto, pero también, y con el mismo carácter esencial, la dirección de obra y coordinación de seguridad y salud de las obras, a cuyo cumplimiento se niega el contratista, en tanto exige una modificación del contrato. Por ello, incumple el contrato vigente.

En este sentido, la Propuesta de Resolución contesta adecuadamente a cada una de las alegaciones realizadas por el contratista en su escrito de 10 de marzo de 2023, sin perjuicio de que en su mayoría constituyen una reiteración de las expresadas en su escrito de 13 de febrero de 2023, tras ser requerido por segunda vez para la firma del acta de replanteo, debidamente refutadas ya en el informe técnico emitido al respecto.

Así, en primer lugar, alega el contratista que la negativa a firmar el acta de replanteo no implica la negativa al cumplimiento del contrato, sino que no se ha firmado, *«precisamente porque entendemos que existe un incumplimiento de contrato por parte del Ayuntamiento»*, señalando que siempre se ha manifestado su intención de *«llegar a un acuerdo justo para ambas partes»*.

Sin embargo, como señala la Propuesta de Resolución, la negativa expresa a la firma del acta de replanteo, a la que contractualmente está obligada en virtud de las prestaciones del contrato, es un incumplimiento palmario de las prestaciones del mismo, perfectamente encuadrable dentro de lo que sería una renuncia tácita al cumplimiento del contrato. *«Obsérvese que la mercantil no discute que no está obligado a cumplirlo, reconociendo que lo está, sino que funda o justifica su incumplimiento en su voluntad de llegar "a un acuerdo justo para las partes". Alegación obviamente que debe rechazarse o desestimarse por absurda, ya que los contratos deben cumplirse a tenor de los mismos»*.

Con esta alegación, enlaza la planteada en segundo lugar por el contratista, que opone a su incumplimiento el de la Administración, desarrollando lo que entiende que son *«errores»* en el contrato.

Nuevamente, ha de desestimarse esta alegación, en primer lugar, porque el contratista no impugnó el contrato, presentándose a la licitación en los términos en los que le fue adjudicado, y obligándose, por ello, al cumplimiento del mismo en sus términos.

Y, en segundo lugar, porque el contratista no puede oponer un supuesto incumplimiento en este momento como reacción a su propio incumplimiento, cuando

nunca planteó incumplimiento de la Administración. De hecho, como señala la Propuesta de Resolución, *«percibió el correspondiente precio en retribución por la redacción del proyecto con arreglo al precio (del 70% del importe de adjudicación del contrato) sin que hubiera dicho nada de retraso de la Administración. No es desde luego compartible que justo en este momento, con ocasión de que se trate el incumplimiento ante su negativa intencionada de no cumplir con una obligación contractualmente exigible, se alegue esta cuestión, por lo que debe también ser desestimada».*

Alega, en tercer lugar, el contratista, frente al punto 3 del informe técnico, en el que se fundamenta el acuerdo de inicio del presente procedimiento:

«Este punto parte, a nuestro entender, de varios errores, y pasamos a indicarlos:

En primer lugar, utilizan lo indicado en el punto 12.1.1 (página 11) del Contrato que reza:

“ (...) Se indicaba que dicha propuesta no será vinculante para la morfología definitiva de la edificación. Servirá para valorar la calidad de las ideas del equipo redactor, y el cuidado por la integración de un uso de servicios públicos en el medio rural.”, para justificar el siguiente párrafo del presente punto 3.2 que estamos tratando y que reza lo siguiente:

“La propuesta presentada en la licitación no es un proyecto, sino una mera aproximación, que sirve, como se indica en los pliegos, para valorar las ideas del equipo redactor, y en ningún caso supone que el proyecto definitivo tenga que ajustarse a aquella idea.”

El primer error desde donde se parte es que lo que se presentó para que se nos otorgase el contrato no fue una idea, (...) .

(...) lo que se presentó para ganar el concurso que derivó posteriormente en el contrato, (...) fue un anteproyecto.

(...)

En este mismo punto 3.1 también se establece que no ha habido ninguna modificación en las peticiones originales del PPT, pues se entiende que dicho PPT es capaz de abarcar cualquier cambio en la “idea” original (anteproyecto), dado que aluden a la frase anteriormente indicada de que, y citamos “ (...) no será vinculante para la morfología definitiva de la edificación.”, pero eso vuelve a ser, a nuestro entender, un error interpretativo, ya que la frase debe englobarse en un criterio de proporcionalidad a la hora de llevar a cabo cualquier encargo de trabajo, pues de otro modo otorgaría al contratante la facultad de modificar a su voluntad cualquier encargo aumentándolo sin límites y sin recargo alguno, algo que en sí mismo es absurdo, pero incluso dándolo como estrictamente válido, los cambios producidos en el anteproyecto no son en modo alguno meros cambios en la

morfología de los edificios presentados, sino que dichos cambios no son solo en cantidad, como volveremos a explicar ahora e invalidaría dicho afirmación, sino también en su distribución de espacios interiores y exteriores, las afecciones con el entorno, los accesos a los mismos, sus cálculos ya desarrollados, sus cimentaciones, etc., y así enlazamos con el siguiente párrafo donde se vuelve a cometer una incorrección en la definición de edificación».

Se responde a ello por la Propuesta de Resolución al señalar que, conforme al informe técnico de 1 de marzo de 2023:

«3.2.- El adjudicatario expone que el Ayuntamiento le solicitó modificar el proyecto respecto al “proyecto original” con el que se ganó el concurso, motivo por el cual se superó el plazo de los meses (4) asignados a la redacción del proyecto.

Esto no es cierto. En los criterios de valoración subjetiva del PCAP se valoraba la aportación de imágenes renderizadas en las que se aprecie una propuesta volumétrica de la edificación integrada en el entorno rural y adaptada a la topografía. Se indicaba que dicha propuesta no será vinculante para la morfología definitiva de la edificación. Servirá para valorar la calidad de las ideas del equipo redactor, y el cuidado por la integración de un uso de servicios públicos en el medio rural.

La propuesta presentada en la licitación no es un proyecto, sino una mera aproximación, que sirve, como se indica en los pliegos, para valorar las ideas del equipo redactor, y en ningún caso supone que el proyecto definitivo tenga que ajustarse a aquella idea.

Por lo que el fundamento restante del punto debe ser desestimado».

A ello ha de añadirse, nuevamente, que, si el contratista entendió a lo largo del contrato en cuanto a la obligación de la redacción del proyecto, que se estaba incumpliendo el contrato por la Administración, al interpretar incorrectamente sus cláusulas, debió haberlo planteado en su momento, lo que no se hizo.

La alegación relativa al plazo de duración del contrato, donde manifiesta el contratista que no existe asignación presupuestaria en el contrato para la Dirección Facultativa de Obras (cuando sí se retribuye en cuanto al precio) es adecuadamente rebatida en la Propuesta de Resolución, amén de reiterar que, una vez más, no se impugnó el contrato en este punto ni en ningún otro en su momento.

Señala la Propuesta de Resolución:

«A continuación procede desde el punto de vista sustantivo a rebatir el cálculo del presupuesto base de licitación efectuado en su momento por la Administración cuando decidió aprobar el contrato, el cual no impugnó en su momento, y además lo acepta y se presenta, proponiendo nada más y nada menos que un incremento en el precio a recibir. Todo ello supone desconocer directamente el principio general de la contratación pública (y

de la contratación en general) que lo pactado tiene fuerza de ley entre las partes y debe cumplirse al tenor de los mismos, no puede por su propia voluntad desvincularse de los compromisos libremente asumidos».

Respecto del retraso en el cumplimiento del contrato, hemos de señalar, en la línea ya expuesta en el presente Dictamen en relación con la causa de resolución del contrato, que, en contra de lo expuesto en la Propuesta de Resolución, no procede siquiera entrar a valorar a quién es imputable el mismo, toda vez que la entrega del proyecto, aun fuera de plazo, ha sido admitida por la Administración, que, de hecho, abonó esta prestación e instó a la contratista a firmar el acta de replanteo para la dirección de obra, que es la prestación cuyo incumplimiento conlleva la resolución que nos ocupa.

Finalmente, el contratista reitera que no ha renunciado al contrato, sino que pretende cumplirlo, pero previa modificación del mismo, por lo que se opone a la procedencia de indemnización, cuyo cálculo no entra a discutir.

Pues bien, lo cierto es que, más allá del intercambio de las diferentes opiniones, réplicas y contrarréplicas que se derivan de las alegaciones respecto del acuerdo de inicio y del informe técnico de 1 de marzo de 2023, es indubitado que el contratista se ha negado de forma expresa al cumplimiento del contrato que le fue adjudicado en relación con la prestación relativa a la dirección de las obras.

Este Consejo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en otras resoluciones contractuales (por todos, Dictámenes 300/2020 de 16 de julio, 243/2019, de 20 de junio y 106/2020, de 14 de mayo), sobre qué debe entenderse por *«incumplimiento de la obligación principal del contrato»*, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la STS de 1 de octubre de 1999 que señala que *«a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación»*, es decir, que lo determinante para dilucidar el carácter esencial de una obligación no es la calificación, en el sentido de *«denominación»* que se le dé en el contrato, sino su relación determinante con el objeto mismo del contrato.

En el presente caso, a la vista de la negativa a la firma del acta de replanteo para el inicio de las obras cuya dirección corresponde al contratista, y del análisis del objeto del contrato, resulta evidente que la contratista ha incumplido totalmente

una las obligaciones principales del contrato, lo que implica la resolución del mismo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 211.1.f) LCSP.

La oposición del contratista a la resolución, fundada en que no renuncia a cumplir el contrato, sino a cumplirlo en los términos de un «*acuerdo justo*», con la consiguiente modificación de los honorarios y los plazos previstos en el contrato, no deja de constituir un auténtico incumplimiento del mismo, toda vez que el contrato que le fue adjudicado y respecto de cuyo contenido presentó licitación y firmó, es el que incumple. Y es que la modificación pretendida, además de no ser procedente de acuerdo con lo expresado en el informe técnico, implicaría la necesidad de una nueva licitación, pues lo que pretende ahora el contratista es someterse a un nuevo contrato, del que pretende ser el adjudicatario sin previa licitación, distinto de aquel a cuyo cumplimiento se obligó.

Por las razones expuestas, se considera que procede resolver el contrato de servicios denominado «Redacción de proyectos, dirección de obras y coordinación de seguridad y salud de las obras para la construcción de equipamiento comunitario de servicios municipales», adjudicado a la entidad (...), por incumplimiento culpable del mismo, ex art. 211.1.f) LCSP.

Sin embargo, siendo conforme a Derecho la Propuesta de Resolución en relación con la resolución del contrato, debe corregirse la misma en orden a consignar adecuadamente la causa de resolución en la que legalmente encuentra su fundamento.

5. En cuanto a los efectos de la resolución del contrato, están previstos en los arts. 213 y 313 LCSP.

Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

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.

Respecto del cálculo de los daños y perjuicios, señalados en el informe técnico y acogidos en la Propuesta de Resolución, ha de decirse que el contratista, al señalar que pretende cumplir el contrato, previa modificación, en sus alegaciones no ha entrado a debatir el cálculo de la indemnización, señalando su improcedencia.

El importe de los daños y perjuicios podrá determinarse de forma motivada en expediente contradictorio instruido a tal efecto, quedando retenida la garantía (art. 113 del RD 1098/2001, de 12 de octubre).

Este Consejo Consultivo ha mantenido de forma constante que en aquellos casos en los que se declara el incumplimiento culpable del contratista procede la incautación de la garantía definitiva prestada, como se ha previsto en este caso, si bien, respecto del importe de los daños y perjuicios causados, que superan el montante de esta garantía, se debe tramitar el oportuno procedimiento contradictorio para su determinación (por todos, Dictámenes 510/2020, 363/2018, de 12 de septiembre y 196/2015, de 21 de mayo).

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución sometida a Dictamen es conforme a Derecho, si bien debe corregirse para ser debidamente fundamentada jurídicamente. Asimismo, en cuanto a los efectos de la resolución, deberá tramitarse procedimiento contradictorio para la determinación de la indemnización establecida.