

D I C T A M E N 21 / 2024

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 18 de enero de 2024.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Arona en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de resolución del contrato de obra denominado «Reforma de inmueble municipal para destinarlo a Centro Cultural de Buzanada» adjudicado a la empresa (...)* (EXP. 563/2023 CA)*.

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la resolución contractual planteada por el Ayuntamiento de Arona en relación con el contrato administrativo de obra suscrito con la empresa (...) -en adelante, (...)- y que tiene por objeto la «reforma de inmueble municipal para destinarlo a centro cultural de Buzanada».

2. La legitimación para solicitar la emisión del Dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde a la Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Arona, 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 sentido, el art. 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-, señala que « (...) será preceptivo el dictamen

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

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».

4. La competencia para resolver el presente expediente de resolución contractual le corresponde al órgano de contratación (art. 212.1 LCSP en relación con el art. 114.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local). En el caso concreto analizado, dicha competencia le corresponde a la Alcaldesa-Presidenta, sin perjuicio de las delegaciones que ésta pueda efectuar en otros órganos municipales (Disposición Adicional segunda, apartado primero de la LCSP en relación con las cláusulas 2ª y 39ª del pliego de cláusulas administrativas particulares por las que se rige la presente contratación).

5. En lo que se refiere al régimen jurídico que resulta de aplicación, las normas de procedimiento aplicables serán las vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a la resolución del contrato.

Habiéndose iniciado el presente procedimiento de resolución del contrato el día 14 de agosto de 2023, esto es, bajo la vigencia de la LCSP, procede acudir 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 este, el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva [art. 191.3, letra a)].

El plazo máximo para instruir y resolver los procedimientos de esta naturaleza, en fin, es de ocho meses, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional sexagésimosegunda de la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2023; plazo que no ha vencido ya que el procedimiento se incoó el día 14 de agosto de 2023.

6. Por otra parte, en cuanto a su régimen sustantivo, resulta también de aplicación en este caso lo dispuesto en la LCSP, al tratarse de un contrato adjudicado con posterioridad a la entrada en vigor del precitado texto legal (véase lo establecido en la Disposición Transitoria Primera LCSP en relación con las cláusulas 3ª, 27ª y 34ª del pliego).

II

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

1. Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Arona, adoptado en sesión ordinaria celebrada el día 13 de abril de 2021, y previa tramitación del correspondiente procedimiento de licitación, se resuelve adjudicar a la empresa (...) el contrato administrativo de obra denominado *«reforma de inmueble municipal para destinarlo a centro cultural de Buzanada»*, por un importe de 383.535,36 €, correspondiendo 358.444,26 € al principal y 25.091,10 € al IGIC.

Asimismo, y de conformidad con lo establecido en la cláusula 8.1 del pliego, «la obra tendrá un plazo de ejecución de DOCE (12) MESES. La ejecución del contrato de obras comenzará con la firma del acta de comprobación del replanteo en el plazo de un mes desde la fecha de formalización del contrato».

2. Con fecha 12 de mayo de 2021 se procede a la suscripción del documento administrativo de formalización del contrato de referencia.

3. Con fecha 22 de junio de 2021 se extiende el acta de comprobación de replanteo de las obras.

4. Con fecha 22 de marzo de 2022 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Arona acuerda la ampliación del plazo de ejecución de las obras en dos meses, siendo la nueva fecha de finalización de los trabajos el día 12 de agosto de 2022.

5. Mediante Resolución n.º 2022/6002, de 8 de agosto de 2022, de la Tenencia de Alcaldía del Área de Gobierno de Contratación, Obras, Modernización, Transparencia y Participación Ciudadana, se resuelve conceder la ampliación -solicitada por la empresa contratista- del plazo de dos meses para la ejecución de la obra -sobre la base del informe del Jefe del Servicio de Obras e Infraestructuras de fecha 28 de julio de 2022-, siendo la nueva fecha de finalización de la obra el día 12 de octubre de 2022.

6. Con fecha 19 de junio de 2023 se emite informe técnico del Servicio de Obras e Infraestructuras en el que se propone la resolución del contrato administrativo de referencia. En este sentido, se señala lo siguiente:

«Visto que el plazo de ejecución de la obra finalizó día 12 de octubre de 2022.

Vista la cláusula 27.2.1.- CUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS Y CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO DEL CONTRATO, si llegado el final de la obra, la persona contratista hubiere incurrido en demora, por causa a ella imputable, la Administración podrá optar, atendiendo a las circunstancias del caso, por la resolución del contrato con pérdida de la garantía constituida o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato. Cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, IGIC excluido, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades. Esta misma facultad tendrá la Administración respecto al incumplimiento por parte de la persona contratista de los plazos parciales o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total.

Visto que el precio primitivo del contrato asciende a la cantidad de 358.444,26 € + IGIC.

Visto que las penalidades hasta el mes de mayo de 2023 ascienden a la cantidad de 49.680,37€ + IGIC superando el 10% del precio del contrato primitivo.

Mes días penalidades

oct-22 19 4.086,26 €

nov-22 30 6.452,00 €

dic-22 31 6.667,06 €

ene-23 31 6.667,06 €

feb-23 28 6.021,86 €

mar-23 31 6.667,06 €

abr-23 30 6.452,00 €

may-23 31 6.667,06 € 49.680,37 €

En base a lo expuesto se propone al Órgano de Contratación que inicie los trámites oportunos para la resolución del contrato».

III

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

1. Mediante Resolución n.º 2023/6157, de 14 de agosto de 2023, de la Tenencia de Alcaldía del Área de Gobierno de Contratación, Obras Públicas y Vivienda (dictada en virtud de delegación conferida mediante Resolución de la Alcaldía Presidencia n.º 2023/5019, de 30 de junio) se acuerda la incoación de procedimiento administrativo de resolución contractual:

«CUARTO. - Incoar expediente para la resolución del contrato de obra número 000006/ (...) -CASO denominada "REFORMA DE INMUEBLE MUNICIPAL PARA DESTINARLO A CENTRO CULTURAL DE BUZANADA", (...) suscrito con la empresa (...) (...) ya que, el plazo de ejecución de los trabajos finalizó el día 12 de octubre de 2022 y que la cuantía de las penalidades por demora ascienden a 49.680,37 euros, cantidad superior al 5% de precio de contrato, 358.444,26 euros, en base al informe del Técnico Municipal de fecha 19 de junio de 2023.

QUINTO.- Incoar expediente para la incautación de la garantía definitiva constituida por la empresa (...), (...), por importe de 17.922,21 €, por la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, sin perjuicio del ejercicio de las acciones que correspondan a fin de reclamar las cantidades que excedan del importe de la garantía definitiva, a la vista del informe del técnico responsable del contrato.

SEXTO.- Conceder a la empresa (...) (...), adjudicataria del contrato para la ejecución de la obra, un plazo de audiencia de diez (10) días naturales, contados a partir del día siguiente a partir de la notificación del correspondiente acuerdo, para formular las alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos».

La resolución de incoación del presente procedimiento administrativo consta debidamente notificada a la entidad contratista.

2. Con fecha 9 de septiembre de 2023 la empresa (...) presenta escrito de alegaciones, manifestando su oposición a la resolución contractual pretendida por el Ayuntamiento de Arona.

3. Con fecha 29 de noviembre de 2023 la Jefa de Sección de contratación emite informe-Propuesta de Resolución por la que, previa desestimación de las alegaciones formuladas por la empresa contratista, propone la resolución del contrato de obra analizado.

4. Mediante oficio de 20 de noviembre de 2023 (con registro de entrada en este Organismo consultivo el día 23 de ese mismo mes y año), la Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Arona solicita la emisión del dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Canarias al amparo de lo dispuesto en su ley reguladora.

IV

1. Una vez examinado el contenido del expediente administrativo tramitado a fin de decretar la resolución del contrato de obra suscrito entre el Ayuntamiento de Arona y la empresa (...) para la «*reforma de (un) inmueble municipal para destinarlo*

a centro cultural de Buzanada», se entiende que no es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución que constituye el objeto del presente dictamen.

2. En primer lugar, y ante todo, la citada Propuesta de Resolución contiene una serie de pronunciamientos sobre diversas cuestiones. Como bien comienza advirtiendo la empresa contratista en su escrito de alegaciones de 9 de septiembre de 2023, el « (...) *procedimiento de resolución contractual (...) acumula procedimientos independientes* (básicamente, la revisión de precios, la imposición de penalidades y la presente resolución contractual), *los cuales no son susceptibles de ser tramitados mediante un único procedimiento*».

Y de ahí que dicho escrito se sienta en la necesidad de salir al paso primero de la improcedencia de la imposición de penalidades al contratista:

«Es de ver, que, en la citada resolución, se conjuga, un procedimiento de imposición de penalidades por demora, el cual, debe ser objeto de tramitación autónoma, a los efectos de establecer “con todas las garantías” un procedimiento de audiencia, a los efectos de dilucidar, si la demora en la ejecución de las obras es imputable al contratista o, en su caso, si ésta es provocada, por la administración contratante».

Consecuencia de la acumulación de tales pronunciamientos es que se recabe el parecer jurídico de este Consejo Consultivo sobre todos ellos.

Sin embargo, en el marco de un procedimiento de resolución unilateral del contrato que es el que efectivamente vino a incoarse en este caso por medio de la Resolución 2023/6157, de 14 de agosto, no más que procede en rigor sino pronunciarse sobre la propia resolución unilateral del contrato que se pretende.

Esto es, la Administración ha de circunscribir su ámbito de actuación en lo sustancial a determinar si concurre la causa de resolución legalmente establecida que pretende hacerse valer en cada caso y a concretar los efectos o consecuencias que resultan a partir de la eventual concurrencia de dicha causa.

No cabe descartar que en ocasiones pueda resultar viable la acumulación de procedimientos, si existe entre ellos una íntima conexión o una sustancial identidad (art. 57 LPACAP); pero ha de ponderarse también que los plazos y el régimen jurídico establecidos para tales procedimientos divergen y si se entremezclan pueden generarse no pocas confusiones y resultar ello perturbador a la seguridad jurídica.

Así, en el caso del procedimiento de resolución unilateral del contrato, su inicio determina el comienzo del cómputo del plazo para la caducidad del procedimiento y su tramitación requiere el cumplimiento de las exigencias formales específicas

legalmente previstas para tales supuestos, aspectos que ya han sido tratados en el curso de este Dictamen.

En todo caso, la preceptividad de nuestra intervención está prevista únicamente para la resolución del contrato; así que ahora hemos de limitar nuestro pronunciamiento a este solo extremo.

3. Centrada de este modo la cuestión, tampoco entendemos que concurra la causa de resolución contractual esgrimida por la Administración municipal [cláusula 27.2 del Pliego en relación con los arts. 193, 211.1, letra d) y 212.6 LCSP] o, al menos, desde el inicio del procedimiento no se ha sabido fundamentar su eventual concurrencia de un modo suficientemente razonado y convincente.

El art. 211, sobre las causas de resolución de los contratos administrativos, establece:

«Artículo 211. Causas de resolución.

Son causas de resolución del contrato:

(...)

d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista».

Por su parte, el art. 212 previene:

«Artículo 212. Aplicación de las causas de resolución.

(...)

6. En el supuesto de demora a que se refiere la letra d) del apartado primero del artículo anterior, si las penalidades a que diere lugar la demora en el cumplimiento del plazo alcanzasen un múltiplo del 5 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, se estará a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 193».

En fin, señala el art. 193:

«Artículo 193. Demora en la ejecución.

1. 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.

(...)

4. Cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, IVA excluido, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades».

Como cabe percibir sin dificultad, todos estos preceptos, en su proyección sobre el supuesto concreto determinante de este Dictamen, se encuentran en íntima conexión. El art. 212 LCSP comienza refiriéndose al art. 211.1.d) y termina remitiendo al art. 193.4 LCSP.

A raíz de la demora en la ejecución del contrato que asegura haberse producido, la PR invoca así la concurrencia de la causa legal de resolución del contrato tipificada en los preceptos que acaban de reproducirse.

4. Sin embargo, a los efectos pretendidos no basta con acreditar la existencia de la demora en la ejecución del contrato. Ciertamente, el transcurso de los plazos establecidos para la ejecución del contrato habrá podido constatarse; pero lo importante ahora es retener que el mero hecho del transcurso de tales plazos no es susceptible de desencadenar por sí solo la resolución unilateral del contrato, por medio del ejercicio de la prerrogativa (de resolución unilateral del contrato) que la Administración tiene legalmente conferida a tal efecto.

No cabe por tanto invocar los preceptos antes transcritos para pretender la resolución contractual con fundamento solo en la demora en la ejecución del contrato dentro de los plazos que tiene establecidos.

En los contratos de resultado, como es el caso del contrato administrativo de obra, los plazos de ejecución del contrato revisten carácter esencial, como tiene reiteradamente dicho este Consejo Consultivo y la totalidad de la doctrina consultiva. Ahora bien, ha de entenderse la indicada afirmación en el sentido de que la demora en la ejecución puede legitimar por sí sola la resolución del contrato; pero no que lo haga indefectiblemente, siempre y en todo caso.

Por una parte, cabe la ejecución tardía del contrato, en los términos indicados por el art. 95.2 LCSP:

«2. Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y este ofreciera cumplir sus compromisos si se le amplía el plazo inicial de ejecución, el órgano de contratación se lo concederá dándosele un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor. El responsable del contrato emitirá un informe donde se determine si el retraso fue producido por motivos imputables al contratista».

Y, por otra parte, que la resolución no sea la única e indefectible consecuencia de la demora en la ejecución del contrato lo confirma el propio tenor del art. 193.4 antes transcrito, cuando admite, junto a la resolución, el cumplimiento en mora de los contratos (con imposición de penalidades).

Incluso con más claridad, cabe referirse asimismo al inmediatamente anterior 193.3 LCSP, porque cabe deducir a partir de él que el ejercicio de la opción antes señalada (entre la imposición de penalidades y la resolución del contrato) solamente procede cuando la demora se debe a causas imputables al contratista:

«3. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, IVA excluido.»

No es baladí recordar esta circunstancia, habida cuenta de las peculiaridades del supuesto sometido a nuestra consideración. Además, nos sitúa este planteamiento en el auténtico nudo gordiano de la cuestión.

5. Para que proceda la resolución unilateral del contrato con fundamento en los preceptos legales antes transcritos, lo mismo que para la imposición de penalidades, hace falta algo más que la mera demora en la ejecución del contrato. Hace falta, en suma, que el incumplimiento del plazo de ejecución del contrato sea imputable al contratista.

Le asiste por eso la razón al contratista cuando en su escrito de alegaciones aduce que la Administración ha desatendido esta exigencia:

« (...) entendemos que se están vulnerando las garantías mínimas que debe recoger el procedimiento de resolución contractual, ya que no se motiva, conforme a derecho, la causa que da lugar al inicio de la resolución contractual, todo ello, considerando que, a la luz del contenido del informe, se omite -de forma deliberada- la causa de incumplimiento contractual.

(...) no se incorpora a la resolución informe alguno de la dirección facultativa, relativa al incumplimiento de los plazos de ejecución de las obras. Cuestión está que vicia el procedimiento de resolución, al no existir nexo causal entre la causa de resolución, -esto es- la demora en el plazo de ejecución, y hecho motivador -informe técnico- que motive la misma, y por lo tanto la falta de motivación de la resolución constituye por sí misma causa de nulidad, todo ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas».

Y es que, en efecto, justamente, es en este punto donde la PR adolece de un defecto que la postre resulta determinante de su disconformidad a Derecho.

La PR no hace la menor referencia a cualesquiera hechos, siquiera indicios, o circunstancias sobre los que pudiera acreditarse la responsabilidad del contratista o su supuesta falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones que le incumben; como si no fuera ello menester, y bastara la simple constatación del mero hecho del transcurso del tiempo para la resolución unilateral del contrato.

Incluso, el propio contratista trata de aventurar alguna posible razón determinante de la resolución del contrato: *«deduciéndose que la directora de obra, considera que hay que resolver el contrato, porque un día concreto no había nadie en la obra, no mediando, requerimiento previo alguno, para justificar tal extremos, al menos con carácter previo, para ser oído este contratista de las causa de tales hechos»*. Aunque no le corresponde propiamente formular tales hipótesis, el dato de por sí puede resultar revelador y pone de relieve la falta de toda información sobre la que fundar la consideración de que la demora en la ejecución se debe a la conducta del contratista.

De cualquier modo, y llegado el caso, cabe también convenir asimismo con el contratista en que el incumplimiento de sus obligaciones ha de ser un incumplimiento cualificado, suficientemente grave y de carácter esencial, para que pueda resolverse el contrato con base en dicho incumplimiento. Lo demanda así, en último término, el principio de proporcionalidad. Y si no se ha acreditado que le resulte imputable, menos aún se ha puesto de manifiesto que el incumplimiento reúna las características señaladas.

6. Con todo, la decisiva relevancia que tiene el defecto apuntado se debe a que dicha deficiencia no es achacable solamente a la propia PR objeto de este Dictamen.

Tampoco consta acreditado en el curso del procedimiento de resolución contractual que la demora en la ejecución/terminación del contrato de obra resulte imputable al contratista. Si así fuera, acaso cabría moderar el alcance de nuestra conclusión.

Pero lo cierto es que la Propuesta de Resolución no se separa apenas de la propia Resolución de inicio del procedimiento (Resolución 2023/6157), sino para agregar las referencias correspondientes a los trámites realizados con posterioridad a ella. No causa extrañeza que el contratista, al darle réplica en sus alegaciones, se manifestara por eso en los términos que han sido transcritos apenas unas líneas atrás, al expresar su oposición a la tramitación del expediente por falta de fundamentación de la causa de resolución invocada por la Administración para la resolución del contrato.

Y, por lo demás, menos cabe tratar de invocar en el sentido expuesto el informe técnico de 19 de junio de 2023 que precede y justifica la incoación del procedimiento de resolución contractual, como parece esgrimir la Administración como si se tratara así de justificar una especie de motivación «*in aliunde*», empleada por el órgano instructor en el apartado primero de la parte dispositiva de la Propuesta de Resolución (art. 88.6 LPACAP).

El citado informe, cuyo tenor literal igualmente ha sido ya antes reproducido en este Dictamen (Fundamento II.6), es sumamente escueto y tampoco deja consignado dato alguno sobre el que fundar la responsabilidad del contratista en la demora en la ejecución del contrato a resultas de su propia conducta.

En este sentido, la Propuesta de Resolución no deja de ser una mera relación detallada de normas y preceptos aplicables en la materia, pero sin que se justifique, en atención a las concretas circunstancias presentes en el caso examinado, la concurrencia de la causa legal de resolución del contrato esgrimida por la Administración municipal.

Por lo que procede, en suma, dictaminar desfavorablemente la Propuesta de Resolución sometida a nuestra consideración.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución sometida al parecer jurídico de este Consejo Consultivo de Canarias se entiende que no es conforme a Derecho, tal y como se razona en el Fundamento IV de este Dictamen.