Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 2 2 / 2 0 2 4

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 6 de mayo de 2024.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Candelaria en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de resolución del contrato de obras denominado «comedor CEIP de (...)» adjudicado a la contratista (...) (EXP. 175/2024 CA)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Candelaria, es la Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato administrativo de ejecución de la obra «*Comedor en el CEIP (...)*» adjudicado a la entidad mercantil (...).

2. La legitimación para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 191.3, 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 (LCSP), precepto que es de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

3. 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

[*] **Ponente: Sra. de Haro Brito.**

la Alcaldesa del Ayuntamiento de Candelaria (Disposición adicional segunda, apartado 1, LCSP).

4. En lo que se refiere al régimen jurídico de aplicación a la presente resolución contractual, habiéndose adjudicado el contrato administrativo de referencia el día 1 de octubre de 2021, queda regido sustantivamente por la LCSP.

En cuanto al procedimiento de resolución contractual, iniciado el 18 de enero de 2024, procede acudir, en primer lugar, a su art. 191 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)].

Asimismo, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -en adelante, RGLCAP-, cuyo apartado 1.b) prevé la apertura de un trámite de audiencia al avalista cuando se proponga la incautación de la garantía depositada.

En el mismo sentido, 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».*

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

5. El plazo máximo para instruir y resolver los procedimientos de esta naturaleza es de ocho meses, de acuerdo con lo establecido en la Disposición adicional sexagésimo segunda de la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2023. En el presente caso, habiéndose iniciado el procedimiento el 18 de enero dicho plazo finalizaría el 18 de septiembre del presente año.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento administrativo son los siguientes:

1. Con fecha 30 de diciembre de 2020 la entonces Consejería de Educación, Universidades, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias (en adelante, Consejería de Educación) y el Ayuntamiento de Candelaria suscribieron un convenio de cooperación que tenía por objeto llevar a cabo la ejecución de expediente de contratación del proyecto de obra denominado «*Proyecto básico y de ejecución de comedor escolar en el CEIP (...), Candelaria*» (BOC n.º 15, de 22 de enero de 2021).

En virtud de este Convenio la Consejería asumió la puesta a disposición del Ayuntamiento del proyecto de ejecución de la obra, así como una aportación económica por valor de 432.513,19 € (100 % del presupuesto de la obra previsto en el proyecto), reservándose también la designación de personal técnico gestor-supervisor de las actuaciones a realizar por el Ayuntamiento. Por su parte, la entidad local asumió la licitación y ejecución del proyecto, estableciendo la cláusula tercera del Convenio que el plazo estimado de ejecución de las obras sería de cuatro meses. A su vez, su cláusula octava, al regular su vigencia, establece que el mismo entrará en vigor el día de su firma, extendiendo su duración hasta la finalización de las actuaciones previstas en el mismo, y en todo caso hasta el 31 de diciembre de 2021.

Este Convenio, no obstante, ha sido objeto de cuatro prórrogas mediante las correspondientes Adendas, de fechas 23 de diciembre de 2021 (BOC n.º 6, de 10 de enero de 2022), 30 de diciembre de 2022 (BOC n.º 15, de 23 de enero de 2023), 30 de junio de 2023 (BOC n.º 153, de 3 de agosto de 2023) y 15 de enero de 2024 (BOC n.º 10, de 15 de enero de 2024), que han venido ampliando el plazo de ejecución de la obra, actualmente hasta el 31 de diciembre de 2024.

2. En ejecución de este Convenio el Ayuntamiento de Candelaria llevó a cabo el procedimiento de licitación de la ejecución de la obra «*comedor en el CEIP de (...)*», que fue adjudicada, mediante Decreto de la Alcaldía n.º 2670, de 1 de octubre de 2021, a la empresa «*(...)*», con CIF n.º B76664457, por un importe de 386.724,63 euros, con un valor 0 de IGIC y un plazo de ejecución de 4 meses, formalizándose el contrato administrativo con fecha 13 de octubre de 2021.

3. De conformidad con la cláusula séptima del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigió la contratación (PCAP), el inicio del plazo de ejecución de la obra comenzaría con el acta de comprobación del replanteo. Esta acta fue suscrita de conformidad con fecha 13 de diciembre de 2021, autorizando la Dirección Facultativa el inmediato comienzo de los trabajos y empezando a contar el plazo a partir de la firma del acta.

4. Con fecha 28 de octubre de 2022, el Director Facultativo de las obras emite informe en el que se indica que, en reunión mantenida el pasado día 24 del mismo mes y año en la Oficina Técnica Municipal, con presencia de la representación de la empresa contratista, se concluye en la conveniencia de la redacción de informe a los efectos de que el órgano de contratación valore la posibilidad de paralizar la obra debido a la necesidad de redactar una modificación del contrato. Este informe detalla las razones que avalan la necesidad de proceder a esta modificación.

Asimismo, con fecha 3 de noviembre de 2022 se emite informe técnico por parte de la Oficina Técnica Municipal en el que se valora la necesidad de la redacción del proyecto modificado para la ejecución de las obras y, en consecuencia, la paralización de las mismas.

5. Con fecha 10 de noviembre de 2022 se levanta acta de paralización de la obra, firmada por la Dirección facultativa y por la empresa contratista, motivada por la necesidad de proceder a la referida redacción de un proyecto de modificación a realizar por el arquitecto director de la misma.

Ello motiva que, previo informe jurídico al respecto, se dicte por la Alcaldía el Decreto n.º 3427/2022, de 14 de noviembre, en el que se declara la suspensión formal del contrato con fecha 10 de noviembre de 2022, motivado por la redacción de un modificado del proyecto a realizar por el arquitecto director de la obra, hasta que sea aprobado el modificado del proyecto técnico, debiendo el órgano de contratación notificar a la contratista el fin de la suspensión. Al mismo tiempo se declara la ampliación de la duración del contrato por el periodo que dure la tramitación de aprobación del citado modificado. Se resuelve también solicitar a la Consejería de Educación la autorización para las modificaciones interesadas por la dirección facultativa en su informe de 28 de octubre de 2022, por venir así exigido por la cláusula tercera, apartado d), del Convenio de Cooperación suscrito en 30 de diciembre de 2020.

6. Con fecha 14 de noviembre de 2022 la Dirección facultativa de la obra emite nuevo informe en el que pone de manifiesto que resulta necesario una modificación del proyecto de ejecución denominado «*Proyecto Básico y de Ejecución de Comedor Escolar en el CEIP (...), Candelaria*», debido a la necesidad de incorporar una serie de partidas constructivas o nuevas unidades de obras al proyecto, que superarían el 3% máximo en concepto de precios contradictorios, y que serían:

- Reconducción del saneamiento existente (aparición de arquetas y conducciones soterradas existentes del centro de educación, una vez realizada la excavación propia del solar que ocupa el futuro comedor, y de las que no se tenía constancia).

- Incluir los puntos de aguas en el inmueble.

- La instalación de sanitarios accesibles y no convencionales, en aseo.

- Ubicación de un separador de gradas previo a las arquetas a la red de saneamiento del nuevo edificio.

Por otra parte, considera necesario prolongar un muro de hormigón armado de contención de las jardineras que se encontraba proyectado, a la vista de las causas sobrevenidas, en cuanto a inestabilidad de la subbase del terreno excavado. También considera necesario adaptar la celosía del proyecto a nuevas técnicas de fabricación y, por último, la necesidad de cerrar la planta baja del proyecto, actualmente porticada y abierta, para evitar accesos al interior de la misma, ya que al producirse la excavación del solar, la cota de la planta baja, que se quedaría en estructura vista, es prácticamente la misma que la de un solar donde estacionan vehículos y caravanas que acceden por la Avenida (...).

A la vista de este informe, el 13 de diciembre de 2022 se emite informe técnico por la Dirección General de Centros, Infraestructura y Promoción Educativa del Gobierno de Canarias que se pronuncia favorablemente en relación con las modificaciones propuestas, puntualizando que quedaría pendiente informar técnicamente el modificado del proyecto de ejecución una vez sea presentado a la Consejería.

7. Con fecha 1 de junio de 2023, una vez elaborado el proyecto técnico, la Dirección General de Centros, Infraestructura y Promoción Educativa del Gobierno de Canarias emite informe de supervisión técnica favorable al proyecto modificado de la obra de referencia.

8. Mediante Decreto n.º 2166/2023, de 19 de julio, se acordó la iniciación del expediente para aprobar la modificación del proyecto de la obra «*comedor en el CEIP de (...)*» redactado por la dirección técnica de la obra y por un importe de 62.293,99 euros, con un valor 0 de IGIC, y en virtud del informe técnico municipal de fecha 5 de junio de 2023.

9. En este procedimiento se otorgó trámite de audiencia a la contratista para que manifestara su conformidad o disconformidad al proyecto modificado, quien con

fecha 24 de julio de 2023, dentro del plazo concedido, presenta escrito en el que manifiesta lo siguiente:

«Que una vez visto el proyecto técnico denominado "MODIFICADO DE LA OBRA COMEDOR EN EL CEIP DE (...)", redactado por la dirección técnica de la obra, arquitecto (...), por un importe de 62.293,99 euros, esta empresa expresa la NO CONFORMIDAD con el proyecto modificado propuesto».

10. Con fecha 16 de enero de 2024, ante la no conformidad del contratista a la modificación contractual, se emite informe jurídico en el que se propone el inicio del procedimiento de resolución contractual fundamentado en la causa prevista en el art. 211, apartado 1, letra h) LCSP.

III

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

1. Mediante Decreto de la Alcaldía n.º 77/2024, de 18 de enero, se acuerda la incoación de procedimiento administrativo de resolución contractual, fundamentado en la causa prevista en el art. 211, apartado 1, letra h), LCSP, precepto que se remite a las causas de resolución señaladas específicamente para cada categoría de contrato en la propia Ley. En este caso, como después se verá, se refiere a la prevista en el art. 242.2 LCSP, que permite la resolución del contrato cuando el contratista no acepte los precios fijados por la Administración en el proyecto de modificación del contrato.

2. Este decreto fue notificado a la contratista a efectos del cumplimiento del trámite de audiencia, sin que se otorgara al avalista al no resultar preceptivo, dado que no se propone la incautación de la garantía definitiva.

3. Con fecha 25 de enero de 2023 la empresa contratista presenta escrito de alegaciones, en las que manifiesta lo siguiente:

«ÚNICA.- Como le consta a esa administración, la causa de resolución que concurre en el presente caso es la prevista en el art. 245.c) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con los efectos prevenidos en el art. 246.1 y 4 de dicha norma, en cuya virtud, amén de la resolución del contrato, procede la liquidación de las obras ejecutadas, la cancelación y devolución de la garantía definitiva constituida en su día -aval bancario por importe de 19.336,23 €- más sus gastos de mantenimiento desde hasta su restitución y el abono de la indemnización legal preceptuada en el citado art. 246.4 que, SEUO, asciende a la suma de 10.322,78 euros, que expresamente se solicita».

4. Con fecha 29 de enero de 2024 se elabora Informe- Propuesta de Resolución en el que se propone:

«1º.- Declarar la resolución del contrato de la ejecución de la obra "comedor CEIP de (...)", y que consta formalizado contrato administrativo de fecha 13 de octubre de 2021, entre el Ayuntamiento de Candelaria y la empresa "(...)", por oposición del contratista a los precios contradictorios fijados en el modificado en base al art. 211, apartado 1, letra h) de la LCSP, y desestimar la causa de resolución manifestada por el contratista en su escrito de alegaciones y por tanto los efectos que señala por las argumentaciones jurídicas señaladas en la presente propuesta.

2º.- No hacer pronunciamiento sobre la indemnización de daños y perjuicios por la inexistencia de incumplimiento de alguna de las partes.

3º.- Proceder a la devolución de la garantía definitiva depositada al no existir ninguna de las responsabilidades a las que está afecta conforme el art. 110 de la LCSP, así como proceder 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 según establece el art. 246.1 de la LCSP».

Esta Propuesta fue conformada por el Secretario de la Corporación y fiscalizada favorablemente por el Interventor municipal.

5. Finalmente, mediante oficio de 12 de marzo de 2024 (con registro de entrada en este Organismo consultivo el día 25 de ese mismo mes y año), la Alcaldesa del Ayuntamiento de Candelaria solicita la emisión del dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Canarias al amparo de lo dispuesto en su Ley reguladora.

IV

1. La Propuesta de Resolución considera que la causa de resolución del contrato es la reflejada en el art. 211.1.h) en relación con el art. 242.2 LCSP, al no poderse culminar el expediente de aprobación del modificado propuesto y por tanto no poderse levantar la suspensión del contrato, debido a la oposición de la contratista a los precios contradictorios fijados en el modificado.

Por el contrario, la contratista considera aplicable la causa establecida en el art. 245.c) LCSP, referida a suspensión de las obras por plazo superior a ocho meses por parte de la Administración.

2. En el presente caso, de los informes emitidos por la Dirección facultativa de la obra, informados favorablemente por la Dirección General de Centros,

Infraestructura y Promoción Educativa del Gobierno de Canarias, se aprecia que el proyecto licitado no puede ejecutarse en los términos inicialmente pactados, por circunstancias imprevistas, lo que exige proceder a la modificación del proyecto, a fin de incorporar unidades nuevas y realizar otras actuaciones que han surgido en el curso de las obras. El proyecto fue también supervisado favorablemente por la citada Dirección General. No obstante, en el trámite de audiencia concedido a la contratista en aplicación de lo dispuesto en el art. 242.2 LCSP ésta manifiesta su oposición al modificado, si bien sin expresar argumento alguno que fundamente esta oposición, que ha de entenderse referido a su desacuerdo con los precios fijados por la Administración, como así expresamente señala la Propuesta de Resolución y se ha dejado constancia en la cuarta Adenda al Convenio de Cooperación suscrito entre la Consejería de Educación y el Ayuntamiento para la ejecución de la obra, en cuyos antecedentes expresamente se indica que con fecha 28 de noviembre de 2023, por la Unidad Técnica de Santa Cruz de Tenerife, adscrita a la Dirección General de Infraestructuras y Equipamientos, se emite informe técnico favorable a la ampliación de plazos por el periodo solicitado al existir una demora en la ejecución de la obra «*debida a discrepancias en el presupuesto del proyecto modificado con la empresa adjudicataria de la obra».* La contratista por lo demás no cuestiona la necesidad de la modificación ni las obras que a su amparo se prevén.

3. Las modificaciones contractuales son una de las tradicionales prerrogativas de la Administración, expresamente prevista en el art. 190 LCSP.

Las modificaciones son obligatorias para la contratista cuando estén previstas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el contrato (art. 204) y cuando se trate de circunstancias nuevas e imprevistas (art. 205) siempre que impliquen aislada o conjuntamente una cuantía que no exceda del 20 % -IVA excluido- (art. 206) por tanto, la LCSP distingue en la regulación de esta prerrogativa aquellas modificaciones que se encuentran previstas en el PCAP de aquellas debidas a circunstancias nuevas e imprevistas, de tal forma que las primeras son obligatorias para la contratista, en tanto que las segundas solo lo son en aquellos casos en que no supere el límite previsto.

Por lo que se refiere en sí a la modificación del contrato de obras, la LCSP contiene una serie de previsiones específicas en el art. 242, cuyo apartado 1 se remite al artículo 206 en lo relativo a la obligatoriedad de las modificaciones contractuales.

Por su parte, el art. 242.2 dispone que «Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en este, y no sea necesario realizar una nueva licitación, los precios aplicables a las mismas serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días hábiles. Cuando el contratista no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado, ejecutarlas directamente u optar por la resolución del contrato conforme al artículo 211 de esta Ley».

De esta forma, la referencia a la resolución en el art. 242.2 LCSP ha de entenderse como una causa de resolución autónoma y específica del contrato de obras, lo que conduce a la remisión que efectúa el apartado h) del artículo 211.1 de la misma Ley cuando indica como causas de resolución «*las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley*». Ello acontece precisamente en este art. 242.2, al ofrecer a la Administración la posibilidad de resolver el contrato ante la oposición de la contratista a los precios fijados en el proyecto de modificación del contrato.

Este es igualmente el criterio que recoge el Informe 85/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, citado en la Propuesta de Resolución, al indicar:

«El artículo 242.2 LCSP señala que en estos casos si el contratista no aceptase los precios fijados por la Administración, el órgano de contratación podrá decidirse por alguna de las siguientes opciones:

• contratar las unidades de obra con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado;

• ejecutarlas directamente;

• optar por la resolución del contrato conforme al artículo 211 de esta Ley.

Ninguna de las tres opciones obliga al contratista a aceptar los precios fijados por la Administración y ninguna de ellas implica al mismo contratista en la ejecución de las unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en este. La remisión que el precepto hace al artículo 211 LCSP, que trata de las causas de resolución de los contratos en general, no parece referirse a la letra g) del apartado 1 del precepto sino a la letra h), que considera causas de resolución las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en la Ley. En efecto, no estamos ante un supuesto legal de modificación no prevista en que quepa resolver el contrato porque se excedan los límites del artículo 211 LCSP, sino ante una causa de resolución que está establecida especialmente en las normas reguladoras del contrato de obras».

En este mismo sentido se pronuncia el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León 340/2022, de 28 de julio y de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid 556/2020, de 15 de diciembre.

Por tanto, ha de concluirse que si bien el art. 242.2 LCSP ofrece al contratista el derecho a oponerse a los precios contradictorios fijados en el modificado, al propio tiempo también otorga a la Administración la facultad de optar por la resolución del contrato, apareciendo esa facultad en la LCSP como una causa específica de resolución del contrato de obras.

4. La contratista, como ya se ha señalado, considera de aplicación la causa prevista en el art. 245.c) LCSP, al haber transcurrido más de ocho meses desde la suspensión de las obras y a ella también hemos de referirnos.

Al respecto, y si bien es cierto que ha transcurrido el citado plazo, ya que el contrato, y por tanto la ejecución de la obra, fue formalmente suspendida por Decreto 3427/2022, de 14 de noviembre, esta suspensión, como señala la Propuesta de Resolución, se ha debido a la necesidad de proceder al modificado, prolongándose hasta que fuese aprobado el modificado del proyecto técnico, con ampliación del plazo de duración del contrato hasta esta aprobación. El acta de paralización fue además suscrita por la contratista sin presentar objeción alguna a la misma.

5. Por lo que se refiere a los efectos de la resolución del contrato, la Propuesta de Resolución contempla la procedencia de la devolución de la garantía definitiva depositada al no existir ninguna de las responsabilidades a las que está afecta conforme el art. 110 LCSP, así como ordena proceder a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra de la contratista según establece el art. 246.1 LCSP.

Efectivamente, por un lado, y en aplicación de lo establecido en el art. 213.5 LCSP, la resolución ha de contener pronunciamiento expreso sobre la garantía definitiva. En este supuesto no existe un incumplimiento culpable de la contratista sino, por el contrario, como señalan los Dictámenes anteriormente citados, el ejercicio por este de un derecho legalmente reconocido (el rechazo a los precios propuestos por la Administración) que, a su vez, ha permitido a esta última optar por la resolución del contrato.

Por otro lado, los efectos de la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 242.2 LCSP vienen determinados en su art. 246.1, al establecer que «*La resolución del contrato dará lugar 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». Por ello, deben liquidarse las obras ya realizadas.

Por último, no procede indemnización para ninguna de las partes -como pretende la empresa contratista, respecto a ella, al amparo de lo dispuesto en el art. 246.4 LCSP-, por no existir incumplimiento contractual ni por la Administración ni por la contratista.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato administrativo de obras «*Comedor en el CEIP (...)*», adjudicado por el Ayuntamiento de Candelaria a la entidad mercantil (...), se considera conforme a Derecho.