Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 0 0 / 2 0 2 4

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 16 de septiembre de 2024.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Agüimes en relación con *el procedimiento de resolución del contrato de obras denominado «INTERVENCIONES EN CEIP LA VIÑUELA» a la entidad mercantil (...) (EXP. 441/2024 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 Propuesta de Resolución formulada por el Ayuntamiento de La Villa de Agüimes, en cuya virtud se plantea la resolución del contrato administrativo de obras suscrito con la empresa *«(...)»* -en adelante,

(...)- y que tiene por objeto *« (...) la realización de obras en el Centro de Educación Infantil y Primaria de La Viñuela, situado en Agüimes casco, consistentes en la creación de una zona de sombra en el patio destinado al alumnado de primaria, la adecuación acústica del comedor escolar y otras obras de menor entidad, con el fin de dar respuesta y materializar las propuestas realizadas por los vecinos dentro de los presupuestos participativos»* [cláusula 1.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares -en adelante, el pliego-].

2. La legitimación para solicitar la emisión del dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde al Sr. Alcalde del Ayuntamiento de La Villa de Agüimes, de conformidad con 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*

[*] **Ponente: Sra. Luengo Orol.**

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 b) 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- [texto legal aplicable al presente supuesto de acuerdo con lo establecido en el apartado 4 del presente Fundamento Jurídico], 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».* Circunstancias éstas que concurren en el presente procedimiento administrativo -incluida la oposición del contratista- y que determinan la preceptividad del dictamen de esta Institución consultiva.

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.

Así, en cuanto al régimen sustantivo, habiéndose adjudicado el contrato administrativo de referencia el día 25 de octubre de 2023, resulta de aplicación la LCSP [Disposición Transitoria primera.2 en relación con la Disposición final decimosexta LCSP]. Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según dispone el art. 25 LCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo [actualmente, y a falta de tal desarrollo reglamentario, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre -en adelante, 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 lo siguiente.

4.2.1. Las normas de procedimiento aplicables serán las vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a la resolución del contrato. Este criterio se sustenta en lo establecido en la Disposición transitoria tercera de la Ley

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

4.2.2. A la vista de lo anteriormente expuesto, y habiéndose incoado el presente procedimiento de resolución contractual el día 18 de marzo de 2024, esto es, bajo la vigencia de la LCSP, es por lo que procede acudir, en primer lugar, a su art. 191.3, relativo al *«procedimiento de ejercicio»* de las prerrogativas de la Administración Pública en materia de contratación.

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

Asimismo, 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. En el presente caso, no es necesario dicho trámite toda vez que no se exigía la constitución de garantía.

Finalmente, el art. 109.1, apartado c) RGLCAP, prevé la evacuación preceptiva del informe del Servicio Jurídico. Trámite que ha sido convenientemente observado en la instrucción del procedimiento de resolución contractual.

5. En cuanto al plazo máximo para resolver -y notificar-, se ha de señalar que la resolución de incoación del presente procedimiento administrativo se adoptó el día 18 de marzo de 2024, esto es, con posterioridad a la entrada en vigor -el 1 de enero de 2023- de la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2023, cuya disposición adicional sexagésima segunda, titulada *«Procedimientos de resolución contractual en materia de contratación pública»*, establece que *«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». De esta manera, el plazo máximo para instruir, resolver y notificar la resolución que ponga fin al presente procedimiento de resolución contractual es de ocho meses.

Pues bien, habiéndose incoado -de oficio- las presentes actuaciones el día 18 de marzo de 2024, se entiende que el procedimiento administrativo de referencia no ha caducado.

6. La competencia para resolver el presente expediente de resolución contractual le corresponde al órgano de contratación [art. 190, 191.4 y 212 LCSP]. En este caso, el contrato que se pretende resolver fue adjudicado por el Sr. Alcalde-Presidente, correspondiéndole, en consecuencia, a este órgano la competencia para resolver el procedimiento administrativo de referencia [cláusulas 2.1 y 2.2 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. Con fecha 25 de octubre de 2023 se dicta Resolución n.º 2023/3983, de la Alcaldía-Presidencia, cuyo tenor literal es el siguiente:

«PRIMERO.- Adjudicar el contrato de obra denominado "INTERVENCIONES EN CEIP LA VIÑUELA", a la entidad mercantil (...), por importe de CUARENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA EUROS (49.850,00€), más 3.489,50 € en concepto de IGIC, y con las mejoras establecidas en su oferta, en las condiciones establecidas en la cláusula 12 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, consistentes en lo siguiente:

• Mejora 1: Mobiliario: Se propone como mejora de la partida 7.1 de proyecto CORRECCION ACUSTICA DE COMEDOR ESCOLAR, el empleo de al menos 4 colores (excluyendo el blanco y negro) en la distribución de los paneles absorbentes circulares que colgarán del techo del comedor.

• Mejora 2: Retirada de panel separador de madera existente en comedor: Actualmente, el comedor escolar se encuentra dividido por un panel de madera de dimensiones 2,80 metros de alto y 10 metros de largo. Se propone la retirada del mismo y su acopio en una zona del centro escolar.

La aceptación del contenido del Acta de la sesión transcrita sirve como motivación a esta resolución, al quedar incorporada al texto de la misma, según establece el artículo 88.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La formalización del contrato podrá efectuarse mediante la firma de aceptación por el contratista de la resolución de adjudicación.

SEGUNDO.- Nombrar como Responsable Supervisor de ejecución del contrato al Técnico municipal (...)».

En este sentido, y con fecha 26 de octubre de 2023, se produce la *«aceptación expresa de la adjudicación del contrato»* por parte de la empresa contratista.

3. Con fecha 12 de marzo de 2024 el responsable del contrato emite «informe de estado de obra y propuesta de resolución de contrato de obras por incumplimiento de plazos por causas imputables al contratista», proponiendo al órgano de contratación el inicio de expediente administrativo de resolución contractual en los siguientes términos:

«Que por Decreto de Alcaldía 2023/3983 de fecha 25 de Octubre de 2023, se adopta el acuerdo de adjudicar el contrato de obra denominado INTERVENCIONES EN CEIP LA VIÑUELA a la entidad mercantil (...) por un importe de CUARENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA EUROS (49.850,00 €), más 3.489,50 € en concepto de IGIC.

Que con fecha 26 de octubre de 2023 se procede a la firma del contrato, llevándose posteriormente el acto de la firma del acta de comprobación del replanteo el día 24 de noviembre de 2023.

El plazo de ejecución de la obra establecido en proyecto es de 4 meses, contabilizados a partir de la firma de dicha acta de replanteo, por lo que la fecha prevista para la finalización de la misma dentro del plazo establecido es el próximo 24 de marzo de 2024.

Que desde la firma del acta de comprobación de replanteo hasta el día de hoy, a pesar de que se han sucedido algunas reuniones en el Ceip La Viñuela entre este Técnico y representantes varios de la empresa, la obra no se ha iniciado de manera efectiva.

Que en sucesivas ocasiones se ha solicitado a la empresa adjudicataria un programa de trabajo adaptado a las características de la empresa y cumpliendo los plazos del plan de trabajo establecido en el proyecto de ejecución.

Que en base a lo expuesto, este Técnico puede determinar que ha habido un incumplimiento de los plazos por parte del contratista, y por consiguiente y en base a lo establecido en el Artículo 211 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, ello supone una causa de resolución del contrato, tal como establece el apartado d) del mencionado Artículo.

El apartado 3 del Artículo 213 de la referenciada Ley establece; 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 este caso, al haberse formalizado un contrato mediante procedimiento abierto simplificado, la garantía definitiva no es obligatoria, por lo que no será posible la incautación de la misma tal como establece el artículo 213.

No obstante, el apartado 24.2.1 Incumplimiento de plazos del Pliego de Cláusulas Administrativas establece: Si llegado el final de la obra 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 1000 euros del precio del contrato.

Por consiguiente, y en base a lo establecido en el artículo 213, este Técnico propone, salvo otro criterio mejor fundado en derecho, la resolución del contrato y la reclamación de los perjuicios ocasionados aplicando 0,60 euros por cada 1000 euros del precio del contrato en el periodo a contar desde el día de la firma del acta de comprobación de replanteo (24 de noviembre 2023) hasta la fecha de la firma de este informe.

En el supuesto de la aplicación del criterio del párrafo anterior la cantidad ascendería a 3.488,40 Euros. (53.339,50/1000) = 53,3395 x 0,60 = 32,0037 x 109 días = 3.488,40 €».

III

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

1. Mediante Resolución n.º 2024/1094, de 18 de marzo de 2024, de la Alcaldía-Presidencia, se acuerda la incoación del procedimiento administrativo de resolución contractual.

Asimismo, se confiere a la empresa contratista un plazo de diez días para que pudiera alegar y/o presentar los documentos y justificaciones que estimase pertinentes.

Consta en el expediente la notificación de la citada resolución de inicio a la entidad adjudicataria del contrato.

2. Con fecha 22 de marzo de 2024 el Secretario General del Ayuntamiento de Agüimes emite informe jurídico por el que *« (...) informa favorablemente la resolución del contrato de obras "INTERVENCIONES EN CEIP LA VIÑUELA", a la entidad mercantil (...) por incumplimiento culpable del contratista».*

3. Con fecha 27 de marzo de 2024 la entidad mercantil (...) presenta escrito de alegaciones oponiéndose a la resolución contractual pretendida por el Ayuntamiento.

4. Con fecha 6 de mayo de 2024 el técnico responsable del contrato emite informe en el que se expresa lo siguiente:

«Que en fecha 27 de abril de 2024 este Técnico emite informe explicativo de la situación acaecida en esta obra.

Que me ratifico en el contenido del mismo a afectos de contestar el escrito de alegaciones en la parte técnica que entiendo corresponde a este Técnico.

Para los apartados señalados por la adjudicataria en el apartado segundo de su escrito, reincidir en que, como manifiesto en mi anterior informe, este Técnico estaba abierto a aceptar soluciones alternativas, para ajustar económicamente la obra, siempre que se alcanzaran resultados equivalentes.

Volver a comentar que una rebaja en la oferta de 6.613,52 euros con respecto al precio de licitación es un claro indicativo de que no se hizo un adecuado estudio de la oferta».

5. Consta en las actuaciones la evacuación de informe por parte de la Secretaría General del Ayuntamiento de Agüimes y de la Intervención municipal, con fecha 14 de mayo y 27 de junio de 2024, respectivamente.

6. Con fecha 28 de junio de 2024 se formula Propuesta de Resolución en la que se plantea la resolución del contrato administrativo de referencia, sobre la base de lo dispuesto en el art. 211.1, letra d) de la LCSP. En este sentido, se propone lo siguiente:

«PRIMERO.- Continuar con el expediente de resolución del contrato de obras denominado "INTERVENCIONES EN CEIP LA VIÑUELA", adjudicado a la entidad mercantil (...). (...), por las razones expuestas en los informes precedentes, en los que se señala el incumplimiento culpable de la empresa contratista por no haber iniciado la ejecución de las obras y se propone que se indemnice al Ayuntamiento por los daños y perjuicio ocasionados con un importe de 3.488,40 €».

Asimismo, y mediante Resolución n.º 2024/2500, de 1 de julio de 2024, de la Alcaldía-Presidencia, se aprueba la anterior Propuesta de Resolución -en idénticos

términos- y se acuerda su remisión a este Consejo Consultivo a efectos de emisión del pertinente dictamen.

7. Mediante oficio de 1 de julio de 2024 [con registro de entrada en este Organismo consultivo el día 9 de ese mismo mes y año], el Sr. Alcalde-Presidente de la Corporación Municipal solicita la emisión del dictamen preceptivo del Consejo Consultivo al amparo de lo dispuesto en la LCCC.

IV

1. La Propuesta de Resolución sometida al parecer jurídico de este Consejo Consultivo plantea la resolución del contrato administrativo suscrito el día 26 de octubre de 2023 por el Alcalde del Ayuntamiento de La Villa de Agüimes con la empresa (...) para *« (...) la realización de obras en el Centro de Educación Infantil y Primaria de La Viñuela, situado en Agüimes casco, consistentes en la creación de una zona de sombra en el patio destinado al alumnado de primaria, la adecuación acústica del comedor escolar y otras obras de menor entidad, con el fin de dar respuesta y materializar las propuestas realizadas por los vecinos dentro de los presupuestos participativos»*.

La resolución contractual se fundamenta en *«la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista»*, al amparo de la causa establecida en la letra d) del art. 211.1 LCSP.

2. Pues bien, una vez analizado el contenido del expediente remitido a esta Institución consultiva, se entiende -en unión de criterio con la Administración Pública que instruye este expediente de resolución contractual- que concurre la causa resolutoria alegada por el Ayuntamiento de La Villa de Agüimes.

Como se ha reiterado en distintas ocasiones [véase, en este sentido, el dictamen n.º 474/2022, de 7 de diciembre de 2022] la resolución del contrato por culpa del contratista requiere un incumplimiento *«grave»* del mismo, no bastando cualquier incumplimiento contractual (STS de 2 de abril de 1992). Así, la STS de 25 de junio de 2002 señala -en referencia a cuándo una obligación era esencial en atención a las circunstancias concurrentes-, que *«el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial, debiendo dilucidar en qué supuestos se trata de verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos»*.

Por otro lado, y como tiene declarado este Consejo Consultivo, entre otros, en el Dictamen 60/2016, de 10 de marzo, «*los contratos administrativos son siempre contratos*

con plazo determinado (art. 212.2 TRLCSP). En ellos el plazo es un elemento de especial relevancia como pone de manifiesto el hecho de que la constitución en mora del contratista no requiera intimación previa de la administración (art. 212.3 TRLCSP -actual art. 193.2 LCAP-), y su incumplimiento o riesgo de incumplimiento faculte a la administración bien para imponer penalidades al contratista, bien para resolver el contrato (art. 212.4 TRLCSP -mismo art. 193 LCSP-). Por ello, el art. 223.d) TRLCSP tipifica como causa de resolución la demora en el "cumplimiento del plazo».

En el supuesto analizado resulta evidente -como se desprende de las actuaciones- que la empresa contratista ha incumplido de forma injustificada el plazo de ejecución de las obras, llegándose a constatar, por parte del técnico responsable del contrato, *«que desde la firma del acta de comprobación de replanteo hasta el día de hoy* (12 de marzo de 2024)*, a pesar de que se han sucedido algunas reuniones en el Ceip La Viñuela entre este Técnico y representantes varios de la empresa, la obra no se ha iniciado de manera efectiva»* -folio 291-. Asimismo, *« (...) en sucesivas ocasiones se ha solicitado a la empresa adjudicataria un programa de trabajo adaptado a las características de la empresa y cumpliendo los plazos del plan de trabajo establecido en el proyecto de ejecución»*.

De esta manera, y como concluye el Secretario Municipal en su informe de 22 de marzo de 2024 -folio 312- *« (...) se justifica* (por parte del responsable del contrato) *que concurren razones de interés público que aconsejan la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, dado que en fecha 12 de marzo de 2024 el adjudicatario aún no ha iniciado la obra contratada, con los perjuicios para el interés público que resultan. Se aprecia en ello una razón de interés público suficiente para acudir a dicha causa resolutoria culpable del contratista»*.

En conclusión, está suficientemente acreditado -a través de los diversos informes técnicos que obran en el expediente- que el incumplimiento del plazo para la ejecución de las obras es imputable exclusivamente al contratista, habiendo contravenido de manera grave y culpable sus obligaciones contractuales a este respecto -dado que, en ningún momento, las obras han llegado a iniciarse-; sin que resulten acreditadas las causas que impiden su ejecución en el plazo previsto, limitándose la empresa contratista a invocar razones carentes de virtualidad para enervar los compromisos asumidos contractualmente. De esta manera, se aprecia la concurrencia de la causa de resolución contractual prevista en el art. 211.1, letra d) de la LCSP, en relación con las cláusulas 10, 24 y 31 del Pliego.

3. Una vez apreciada la concurrencia de causa para la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, procede determinar los efectos de aquélla [arts.213 y 246 de la LCSP en relación con la cláusula 31 del Pliego].

De acuerdo con el art. 213.3 de la 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 -art. 213.5 de la LCSP- [circunstancia ésta que no resulta aplicable al presente supuesto, como indica tanto el responsable del contrato como la Secretaría Municipal: *«En este caso, al haberse formalizado un contrato mediante procedimiento abierto simplificado, la garantía definitiva no es obligatoria, por lo que no será posible la incautación de la misma tal como establece el artículo 213»*; *« (...) cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía (al ser procedimiento abierto simplificado sumario no se realiza) (...) »*].

El importe de los daños y perjuicios podrá determinarse de forma motivada en expediente contradictorio instruido a tal efecto, quedando entretanto 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, sin perjuicio de que, si el importe de los daños y perjuicios causados superan el montante de esta garantía, se tramite el oportuno procedimiento contradictorio para su determinación [por todos, Dictámenes 510/2020, de 3 de diciembre; 363/2018, de 12 de septiembre; y 196/2015, de 21 de mayo].

Finalmente, y de acuerdo con lo establecido en el art. 246 LCSP, «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. Será necesaria la citación de este, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición». No obstante, en caso de que en el momento de resolverse el contrato no se hayan iniciado las obras, no procederá liquidar cantidad alguna por este concepto [Dictamen 184/2022, de 12 de mayo, entre otros].

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina conforme a derecho la Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato administrativo de obras adjudicado por el Ayuntamiento de Agüimes a la empresa (...), para la *« (...) la realización de obras en el Centro de Educación Infantil y Primaria de La Viñuela, situado en Agüimes casco, consistentes en la creación de una zona de sombra en el patio destinado al alumnado de primaria, la adecuación acústica del comedor escolar y otras obras de menor entidad, con el fin de dar respuesta y materializar las propuestas realizadas por los vecinos dentro de los presupuestos participativos».*