



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero y
Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Consejero

Sr. Píriz Urueña, Secretario

en funciones

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Valladolid el día 27 de junio de 2018, ha examinado el *procedimiento de resolución de contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y qqqq, S.L.U.*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 1 de junio de 2018 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de resolución del contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y qqqq S.L.U. relativo al proyecto de construcción para la adecuación de caminos rurales en el término municipal de xxxx.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 5 de junio de 2018 se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 245/2018, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Ramos Antón.

Primero.- Por Decreto del Alcalde de xxxx de 3 de octubre de 2016 se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) para la ejecución de las obras del "proyecto de construcción para la adecuación de caminos rurales en el término municipal de xxxx", mediante procedimiento

abierto, con un presupuesto base de licitación de 165.289,26 euros y 34.710,74 euros en concepto de IVA.

La convocatoria del procedimiento se publica en el Boletín Oficial de la Provincia el 14 de octubre y en el perfil de contratante.

Segundo.- Mediante Decreto de la Alcaldía de 9 de diciembre se acuerda que, dado que el único criterio de valoración previsto en el PCAP es el precio, se adjudique el contrato a la proposición económicamente más ventajosa.

El 28 de diciembre se adjudica el contrato a la empresa qqqq, S.L.U. en el precio de 124.611,57 euros más 26.168,43 euros en concepto de IVA.

Tercero.- El 23 de enero de 2017 se suscribe el contrato entre el Ayuntamiento y el representante de la empresa qqqq, S.L.U. Su plazo de ejecución es de dos meses a partir del día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo de las obras.

Conforme a las cláusulas del PCAP, en el plazo máximo de quince días a contar desde la formalización del contrato el adjudicatario debía presentar el Plan de Seguridad y Salud en el trabajo para su aprobación por el Ayuntamiento como requisito indispensable para el inicio de las obras. Asimismo debía presentar al director de obra en un plazo no superior a siete días, salvo causa justificada, a contar desde la formalización del contrato, un Programa de Trabajo, y en el plazo de quince días un Plan de tratamiento de los residuos de construcción y de demolición que se fueran a producir que sería aprobado por el Ayuntamiento y pasaría a formar parte de los documentos contractuales de la obra.

Cuarto.- El 2 de octubre tiene entrada en el registro del Ayuntamiento escrito de D. yyyy, en nombre y representación de qqqq, S.L.U. en el que solicita la resolución del contrato al concurrir la circunstancia prevista en la letra a) del artículo 237 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), debido al incumplimiento injustificado por parte de la Administración del plazo de comprobación del replanteo señalado en el contrato, que no podrá ser superior a un mes desde la fecha de formalización del contrato salvo causas excepcionales justificadas, tal y como establece el artículo 229 del

TRLCSP. Asimismo requiere percibir una indemnización del 2% del precio de adjudicación y la devolución de la fianza definitiva presentada mediante aval de ssss por importe de 6.230,58 euros.

Quinto.- El 20 de diciembre el Jefe del Servicio de Obras y Pavimentación de la Concejalía de Urbanismo, Medio Ambiente y Obras emite informe en el que expone que tanto el Plan de Seguridad y Salud en el trabajo como el Plan de Gestión de residuos de construcción y de demolición han sido presentados por la empresa adjudicataria en el registro del Ayuntamiento el 16 de mayo de 2017, por lo tanto fuera del plazo máximo establecido en las cláusulas 20ª y 23ª del PCAP. Una vez aprobados los documentos por el director de obra, éste intenta por todos los medios iniciar la ejecución del contrato lo cual no fue posible debido a la oposición de la empresa adjudicataria, por lo que propone la resolución del contrato por la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista en aplicación de lo dispuesto en el artículo 225.3 del TRLCSP.

Sexto.- La Junta de Gobierno Local, en sesión ordinaria celebrada el 20 de marzo de 2018 acuerda que se resuelva el contrato por la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, como son los plazos de ejecución de la obra, que atribuye a distintas causas sin justificar como la falta de agua o la no existencia de materiales, modificando unilateralmente el proyecto. Se da trámite de audiencia al contratista y al avalista por un plazo de diez días naturales.

El 2 de abril la empresa contratista presenta alegaciones en las que señala que no hubo demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y tampoco del resto de las obligaciones contractuales esenciales como son los plazos de ejecución de la obra puesto que tanto el Plan de Seguridad y Salud en el trabajo como el Plan de Gestión de residuos de construcción y de demolición no se enviaron hasta que se tuvo conocimiento de quién era el director de obra. Alega también que nunca se intentó por la Administración proceder a la firma del acta de comprobación del replanteo de un contrato que había sido firmado en enero y del que no se nombró director de obra hasta el 27 de junio, lo que se notificó a la contratista el 4 de agosto; la empresa ya presentó el 21 de febrero escrito en el que solicitaba una reunión con el director de obra y que se procediese a la firma del acta de replanteo. Por todo ello el 2 de octubre de 2017 solicitó que se procediera a la resolución del

contrato por actuación negligente de la Administración, lo que reitera en las presentes alegaciones.

Séptimo.- El 29 de mayo de 2018 se formula propuesta de resolución en la que se desestiman las alegaciones del contratista y se acuerda la resolución del contrato por causas a él imputables con incautación de la garantía definitiva, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 225.3 del TRLCSP. Asimismo se acuerda la suspensión del plazo para resolver por el tiempo que medie entre la solicitud de la petición de dictamen al Consejo Consultivo de Castilla y León, que será comunicado al contratista, y la recepción del informe por parte de la Administración que le será igualmente comunicada.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.i), 3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, al tratarse de un expediente tramitado por la Administración Local que versa sobre la resolución de un contrato administrativas con oposición por parte del contratista, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.e) del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo Consultivo de Castilla y León, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- En cuanto a la normativa aplicable al contrato, según lo previsto en los dos primeros apartados de la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público "1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de

procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

»2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

Por lo tanto, la normativa aplicable, viene determinada por el TRLCSP y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

3ª- En cuanto a la normativa aplicable al procedimiento de resolución contractual, debe reseñarse que el 2 de octubre de 2017 la empresa contratista instó la resolución del contrato por haber transcurrido el plazo máximo establecido para la firma del acta de comprobación del replanteo lo que suponía un incumplimiento injustificado por parte de la Administración. Ante dicha solicitud el 20 de diciembre el Jefe del Servicio de Obras y Pavimentación de la Concejalía de Urbanismo, Medio Ambiente y Obras emite informe en el que señala que debe procederse a la resolución del contrato por demora en el cumplimiento de los plazos por el contratista lo que supone que la obra, que se iba a realizar con cargo a fondos de inversión del Ayuntamiento y que tenía que estar ejecutada, certificada y abonada antes del 31 de diciembre de 2017, no puede iniciarse ni ejecutarse a partir de ese momento, por lo que cabe únicamente resolver el contrato de acuerdo con lo estipulado en la letra d) del artículo 223 del TRLCSP. A consecuencia de dicho informe, el 20 de marzo de 2018 la Junta de Gobierno Local acuerda el inicio del procedimiento de resolución el contrato.

La Administración no dio respuesta a la empresa contratista sobre la causa de resolución instada por ésta el 2 de octubre de 2017. Al transcurrir más de tres meses desde que se solicitó hasta que se adoptó de oficio el acuerdo para resolver el contrato por demora de los plazos del contratista, la solicitud de la empresa se entiende desestimada por silencio, pues se trata de un supuesto que entraría en la excepción al silencio positivo prevista en el artículo 24.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en virtud de la cual quedan excluidos

del silencio positivo aquellos procedimientos “cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público”; es decir, el silencio positivo no podría operar en el presente caso, al confluir una tutela más intensa de la Administración por la concurrencia de unos intereses públicos inherentes a la actividad que constituye el objeto del contrato, excepción que, además, se encuentra plenamente justificada en el campo de la prerrogativa de resolución contractual que asiste a la Administración contratante.

No obstante, la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos, por lo que debería haberlo indicado así en respuesta a la solicitud realizada por la empresa contratista o acumular los dos procedimientos. Sin embargo inicia de oficio un procedimiento de resolución contractual alegando otro motivo de resolución diferente al manifestado por la empresa contratista.

Dado que el nuevo procedimiento de resolución se inició el 20 de marzo, le es de aplicación el artículo 191 LCSP, relativo al “Procedimiento de ejercicio”, que establece como trámites preceptivos para la resolución de un contrato la audiencia al contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 193.3 LCSP para el supuesto específico de “Resolución por demora y prórroga de los contratos”. Por su parte, el artículo 109.1.b) del RGLCAP impone la audiencia al avalista o asegurador cuando se propone la incautación de la garantía.

En cuanto al procedimiento seguido, se han cumplido los requisitos fijados en el artículo 191 LCSP y en el artículo 109.1 del RGLCAP, ya que se ha concedido trámite de audiencia al contratista y al avalista, y con el presente dictamen se cumple lo previsto en el apartado d) de dicho precepto.

Por otra parte, el procedimiento no ha caducado, pues se inició el 20 de marzo de 2018 y tuvo entrada en este Consejo el 1 de junio y la Administración ha hecho uso de la facultad de suspensión al amparo del artículo 22.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, aunque no obra en el expediente la notificación al interesado.

4ª.- La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, de acuerdo con los artículos 190 y 212 LCSP y 109 del RGLCAP.

Del mismo modo, el artículo 114.1 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril dispone que "El órgano de la Entidad Local competente para contratar según la Ley ostenta también la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezcan su cumplimiento. Igualmente, podrá modificar, por razones de interés público, los contratos celebrados y acordar su resolución dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados legalmente".

5ª.- Es doctrina consolidada del Consejo de Estado, según la cual, con carácter general, en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico –en este caso la demora en el cumplimiento de los plazos por el contratista -. Por ello, cuando concurren diversas causas de resolución del contrato, con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo.

En este sentido se ha pronunciado este Consejo Consultivo (por todos, los Dictámenes 1.042/2008, de 18 de diciembre; 1.222/2009, de 26 de noviembre; 32/2010, de 18 de febrero; 1.561/2011, de 19 de enero de 2012; 273/2012, de 24 de mayo; 371/2013, de 29 de mayo; 865/2013, de 23 de enero de 2014, y 458/2014, de 16 de octubre).

Situada la cuestión en estos términos, debe tenerse en cuenta que la doctrina y la jurisprudencia distinguen, a efectos de determinar el carácter preceptivo del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente, la resolución del contrato administrativo de las consecuencias que se derivan de la resolución, como es la liquidación o las indemnizaciones consiguientes.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de enero y de 26 de marzo de 2012 señalan que no procede la emisión de dictamen cuando la resolución haya sido solicitada por el propio contratista, ya que es preciso distinguir dos conceptos diferentes: la resolución del contrato y la liquidación que se tenga que dictar a

resultas. Pues bien, considera el Tribunal Supremo que debe entenderse que la oposición del contratista, que determina el dictamen preceptivo del órgano consultivo, debe referirse a la propia resolución del contrato y no a los efectos de esta, de manera que si el contratista no formula oposición a la extinción del contrato por la causa invocada por la Administración, o se llega a un acuerdo sobre esta, no concurre el supuesto que determina el carácter preceptivo del dictamen.

En este mismo sentido se ha pronunciado, entre otros, el Consejo Consultivo de Castilla La Mancha en sus dictámenes 183/2011, de 22 de septiembre y 259 /2011, de 16 de noviembre, y el Consello Consultivo de Galicia en su Dictamen 754/2013, de 13 de noviembre.

En el presente caso el contratista formula oposición a la causa de resolución del contrato invocada por la Administración, por lo que tal y como se señala en la consideración jurídica primera del presente dictamen su emisión resulta preceptiva.

6ª.- En cuanto al fondo de la cuestión planteada, la Administración contratante alega como causa de resolución la demora del contratista en el incumplimiento de los plazos y su oposición a la ejecución de las obras, pues se habían incumplido los plazos de presentación del Plan de Seguridad y Salud en el trabajo, del Programa de trabajo y del Plan de Gestión de residuos de construcción y de demolición, por lo que no se pudo firmar el acta de comprobación del replanteo.

La cláusula 4ª del PCAP dispone que el plazo de ejecución del contrato es el establecido en el Anexo I del PCAP en el que se señala un plazo de dos meses, el cual comenzará a contar a partir de la fecha de la firma del acta de comprobación del replanteo con resultado viable.

El artículo 229 del TRLCSP establece que el plazo para la firma del acta de comprobación de replanteo no podrá ser superior a un mes desde la fecha de formalización del contrato salvo causas excepcionales justificadas.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el contrato se formalizó el 23 de enero de 2017, el acta de comprobación del replanteo debería haberse firmado antes del 23 de febrero de 2017 y a partir de ahí se iniciaría el plazo de dos

meses para la ejecución del contrato, con lo cual éste debería haber finalizado el 23 de abril de 2017.

El contratista alega que a fecha 2 de octubre de 2017 no se había firmado el acta de comprobación del replanteo por lo que el hecho de no iniciarse la ejecución de la obra en plazo es imputable a la Administración.

De acuerdo con la cláusula 20ª del PCAP, el contratista debería presentar en el plazo máximo de quince días a contar desde la formalización del contrato el Plan de Seguridad y Salud en el trabajo, el cual debía ser aprobado por el órgano de contratación previo informe del coordinador de seguridad y salud de la obra, como requisito indispensable para el inicio de ésta. Asimismo, según la cláusula 22ª del PCAP, el adjudicatario estaba obligado a presentar un Programa de Trabajo al director de obra en un plazo no superior a siete días desde la fecha de formalización del contrato y en un plazo de quince días un Plan de tratamiento de residuos de construcción y demolición de acuerdo con lo estipulado en la cláusula 23ª del PCAP.

Dichos documentos se presentaron el 16 de mayo de 2017 y fueron aprobados por la Junta de Gobierno Local en sesión ordinaria celebrada el 27 de junio de 2017. Efectivamente, la documentación reseñada se presentó fuera del plazo establecido, pero lo cierto es que el nombramiento del director de obra y/o del coordinador de seguridad fue realizado el 27 de junio de 2017, por lo que con anterioridad a su nombramiento no podía firmar los documentos.

La Administración alega que por parte del contratista no había intención de iniciar la obra en los términos planteados en el contrato alegando escasez de agua, la no disponibilidad que figura en el proyecto o mediante la presentación del presupuesto modificado del proyecto de fecha 2 de octubre de 2017 incumpliendo así lo dispuesto en la cláusula 22ª del PCAP en la que se dispone que las "obras se ejecutarán con estricta sujeción a las cláusulas estipuladas en este pliego y en el proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste diere al contratista el director facultativo de las obras, y en su caso, el responsable del contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia".

Dicho lo anterior, el artículo 229 del TRLCSP dispone que "la ejecución del contrato de obras comenzará con el acta de comprobación del replanteo. A

tales efectos, dentro del plazo que se consigne en el contrato, que no podrá ser superior a un mes desde la fecha de su formalización, salvo casos excepcionales justificados, el servicio de la Administración encargada de las obras procederá, en presencia del contratista, a efectuar la comprobación del replanteo hecho previamente a la licitación, extendiéndose acta del resultado, que será firmada por ambas partes interesadas, remitiéndose un ejemplar de la misma al órgano que celebró el contrato". Por su parte, el artículo 140 del RGLCAP dispone:

»1. El acta de comprobación del replanteo reflejará la conformidad o disconformidad del mismo respecto de los documentos contractuales del proyecto, con especial y expresa referencia a las características geométricas de la obra, a la autorización para la ocupación de los terrenos necesarios y a cualquier punto que pueda afectar al cumplimiento del contrato.

»2. A la vista de sus resultados se procederá en los términos previstos en el artículo anterior. Caso de que el contratista, sin formular reservas sobre la viabilidad del proyecto, hubiera hecho otras observaciones que puedan afectar a la ejecución de la obra, la dirección, consideradas tales observaciones, decidirá iniciar o suspender el comienzo de la obra, justificándolo en el propia acta.

»3. Un ejemplar del acta se remitirá al órgano de contratación, otro se entregará al contratista y un tercero a la dirección

»4. El acta de comprobación del replanteo formará parte integrante del contrato a los efectos de su exigibilidad".

A la vista de tales preceptos, resulta evidente que antes de comenzar las obras ha de procederse al replanteo de las obras, replanteo del que habrá de levantarse la correspondiente acta, en la que habrá de reflejarse el resultado de la operación.

De esta forma, aun cuando las versiones de ambas partes pudieran resultar plausibles, lo cierto es que no existe acta que demuestre que dicho replanteo tuviera lugar el 23 de febrero de 2017 y que la empresa se negara a firmar. Aunque también es cierto que en el expediente queda demostrado que la empresa, en dicha fecha, no había aportado ni el Plan de Seguridad y Salud

ni el Plan de Trabajo ni el Plan de Gestión de residuos, por lo que es obvio que no se encontraba en condiciones de iniciar los trabajos.

Por último, la ejecución del contrato debería haberse realizado en los términos señalados en la cláusula 22ª del PCAP, sin ninguna modificación por parte del contratista que supusiera una alteración sustancial del objeto del contrato; y ante la imposibilidad de su ejecución, dado que dichas obras deberían estar ejecutadas certificadas y abonadas antes del 31 de diciembre de 2017, procede la resolución del contrato.

Así pues, cabe la resolución del contrato por concurrir la causa prevista en el artículo 237.a) del TRLCSP. Ahora bien, la falta de comprobación del replanteo resulta imputable tanto a la Administración como al contratista, por lo que la resolución del contrato no puede llevar aparejada ninguna de las consecuencias previstas en los artículos 225.3 y 239.2 del TRLCSP, de tal forma que ni el contratista tiene derecho a la indemnización prevista, ni la Administración puede incautar la garantía.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede la resolución del contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y qqqq, S.L.U. relativo al proyecto de construcción para la adecuación de caminos rurales en el término municipal de xxxx, en los términos expuestos en el presente dictamen.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.