GEX N.º: 2022/31771
GEX PRAL.N.º: 2021/2147
EXPTE. PRAL N.º: 10/2021

=DECRETO=

VISTO el dictamen 343/2023 del Consejo Consultivo de Andalucía, así como el Informe de 3 de mayo de 2023, de la Secretaria-Interventora adscrita al Servicio de Contratación y el Jefe del Servicio de Contratación, con el conforme del Secretario General de la Diputación Provincial de Córdoba, emitido previamente a la resolución del contrato de obras de "Mejora circunvalación de Fuente Obejuna" (acogido al Convenio ENRESA - Fuente Obejuna – Diputación), cuyo contenido literal es como sigue:

"Visto el expediente instruido por esta Diputación Provincial para la resolución del contrato de obras de "Mejora circunvalación de Fuente Obejuna", acogido al Convenio de colaboración entre ENRESA, el Ayuntamiento de Fuente Obejuna y la Diputación Provincial, en el que consta el preceptivo Informe-Propuesta de Resolución de fecha 15 de marzo de 2023 y que fue remitido al Consejo Consultivo de Andalucía al amparo el artículo 191,3,a), de la LCSP.

Visto el dictamen emitido por el Consejo Consultivo de Andalucía, número 343/2023, favorable a la propuesta de resolución del contrato con la fundamentación que en el mismo se contiene.

De conformidad con lo dispuesto en el apartado 8 de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen 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, en adelante) en relación con el apartado 4 del artÍculo 3 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el Régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, por esta Secretaria-Interventora se emite el siguiente Informe jurídico, que tiene la nota de conformidad del Sr. Secretario General de la Corporación mencionada en el citado artículo 3.4 RD 128/2018.

NORMATIVA DE APLICACIÓN

- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, LCSP, en adelante.
- 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, RGLC, en adelante.
- Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP.
- Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras, modificado por el Real Decreto-Ley 6/2022, de 29 de marzo.

Código seguro de verificación (CSV):
4DBE BE93 E0C1 0C83 F553
4DBEBE93E0C10C83F553
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Conforme de Jefe de Servicio Contratación CARANDELL MIFSUT JUAN JESUS el 03-05-2023
Organo resolutor Presidente RUIZ CRUZ ANTONIO el 04-05-2023

Num. Resolución:
2023/00004297

Insertado el:
04-05-2023

pie_firma_conto_dipu_01
pie_decreto_dipu_01

- Decreto-ley 4/2022, de 13 de abril, de la Junta de Andalucía, por el que se aprueban medidas extraordinarias y urgentes en materia de revisión excepcional de precios en los contratos públicos de obras en desarrollo de las medidas previstas en el Título II del Real Decreto-ley 3/2022.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, LPAC en adelante LPACAP.
- Cláusulas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la ejecución del contrato (PCAP, en adelante).
- Supletoriamente, las restantes normas de derecho administrativo y en su defecto las normas de derecho privado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Para evitar una reiteración innecesaria, nos remitimos a los Antecedentes de Hecho recogidos ampliamente en el Informe emitido por el Jefe del Servicio de Contratación el 31 de enero de 2023, que da lugar al Decreto de Presidencia 2023/529, de 6 de febrero de 2023, por el que se adoptan los siguientes acuerdos:

"Primero. Avocar la competencia delegada en su día en favor de la Junta de Gobierno de la Diputación para el conocimiento de este asunto, toda vez que el interés general demanda, dada la paralización de las obras desde mayo de 2022, una pronta resolución del contrato que permita acometer todo lo necesario para que la circunvalación de Fuente Obejuna llegue a término y el someterlo al régimen de sesiones de un órgano colegiado alargaría aún más el procedimiento.

Segundo. A la vista de todo lo instruido, determinar que la causa de resolución del contrato es la negativa de JICAR, S.A a aceptar un modificado de más del 20% de lo contratado inicialmente, haciendo uso del derecho que le otorga el art. 206.1 LCSP, que declara -a contrario sensu- la no obligatoriedad de realizar una modificación que supere el porcentaje citado, por lo que entra en juego la causa de resolución contemplada en el art. 211.1.G LCSP.

La negativa se deduce de la falta de aceptación previa y por escrito del modificado, por parte de JICAR, S.A., a la vista de su escrito del día 17 de diciembre de 2022. Los efectos de tal resolución son los siguientes:

a) Devolución de la garantía a JICAR, S.A. toda vez que no concurren causas para su incautación, ya que su negativa está amparada por el invocado art. 206.1 LCSP.
b) No procede indemnización alguna, según lo previsto en el art. 213.4 LCSP.
c) Liquidación del contrato con la emisión de la certificación final.

Tercero. Por las razones expuestas en el informe que antecede, que se acepta, no ha lugar a la resolución del contrato por modificaciones sustanciales toda vez que lo que hay es un mayor volumen de la obra inicialmente contratada y no da como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio, tal y como dispone el art. 205.2.c.

Cuarto. Conceder un plazo de alegaciones de diez días tanto a la empresa contratista como a ENRESA, para que aleguen lo que a su derecho convenga.

Código seguro de verificación (CSV):
4DBE BE93 E0C1 0C83 F553
4DBEBE93E0C10C83F553
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Conforme de Jefe de Servicio Contratación CARANDELL MIFSUT JUAN JESUS el 03-05-2023
Organo resolutor Presidente RUIZ CRUZ ANTONIO el 04-05-2023
Num. Resolución:
2023/00004297
Insertado el:
04-05-2023
pie_firma_corto_dipu_01
pie_decreto_dipu_01

Quinto. Trasladar la presente resolución a la empresa JICAR, S.A., a ENRESA, al Ayuntamiento de Fuente Obejuna y a los Servicios de Carreteras y Planificación a los efectos oportunos."

JÍMENEZ Y CARMONA, S.A., (en adelante JÍCAR S.A. o contratista)., recibe la correspondiente notificación el 9 de febrero de 2023.

2.- El 18 de febrero de 2023, el contratista JÍCAR, S.A. presenta un escrito de alegaciones, en el que tras decir que está *"...fuera de lugar el proyecto modificado planteado, con el proceso de resolución ya acordado…"*, solicita a la Diputación Provincial que "*… dicte una nueva resolución en la que se establezca que JICAR, S.A., tiene derecho a la indemnización prevista en el artículo 213,4, de la LCSP. Ya que la resolución del contrato ha sido acordada por la causa recogida en la letra g), del artículo 211 de la LCSP, y es la propia Administración la que acuerda la resolución negando la modificación solicitada por la contratista mediante Decreto de 25 de julio de 2022".*

En dicho escrito, el contratista reclama así mismo, los siguientes conceptos y cantidades:

- Liquidación de las obras realmente ejecutadas y no valoradas por la Administración en su certificación número 3 y final, por importe de 49.128,02 €.
- Indemnización legal del 3%, respecto de la obra pendiente de ejecutar (1.471.510,97 €), que ascendería a la cantidad de 44.145,33 €.
- Indemnización por otros gastos en los que ha incurrido la empresa por un importe total de 93.839,72 €, correspondientes a gastos diversos (14.626 €) y al coste de medios indirectos de personal asociado a la obra (79.213,72 €).
- Aplicación de la revisión excepcional de precios al contrato.
- Devolución de la garantía constituida.

3.- El 15 de marzo de 2023, se emite Informe-Propuesta de Resolución en el expediente y con base en las determinaciones en él contenidas, el 17 de marzo de 2023, se dicta por Presidencia, Decreto número 2023/2188, por avocación puntual de su competencia delegada en la Junta de Gobierno, en virtud del cual se acuerda solicitar *"dictamen al Consejo Consultivo de Andalucía con remisión del expediente administrativo, al amparo el artículo 191,3,a), de la LCSP, al plantearse mediante el expediente la resolución del contrato de obras de referencia, con apoyo en el artículo 211,1,g) de la LCSP, al resultar imposible la ejecución de la prestación en los términos inicialmente pactados y rechazar el contratista el modificado contractual propuesto por la Diputación Provincial con fundamento en el artículo 205,2,b), de la LCSP, con oposición, por tanto, a las pretensiones planteadas por esta Diputación".*

4.- El 2 de mayo de 2023, se recibe dictamen número 343/2023, del Consejo Consultivo de Andalucía, en el que tras analizar el expediente remitido, dictamina favorablemente la propuesta de la Diputación de Córdoba para la resolución del contrato.

Código seguro de verificación (CSV):
4DBE BE93 E0C1 0C83 F553
4DBEBE93E0C10C83F553
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Conforme de Jefe de Servicio Contratación CARANDELL MIFSUT JUAN JESUS el 03-05-2023
Organo resolutor Presidente RUIZ CRUZ ANTONIO el 04-05-2023
Num. Resolución:
2023/00004297
Insertado el:
04-05-2023
pie_firma_corto_dipu_01
pie_decreto_dipu_01

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Necesidad de modificación del contrato.

Como consecuencia de la instrucción del expediente, esto es, de las alegaciones realizadas por las partes interesadas, de la información técnica incorporada, así como de su análisis y valoración desde el punto de vista jurídico, resulta lo siguiente:

* Mediante escrito del contratista, JÍCAR, S.A., de fecha 16 de junio de 2022, se pone de manifiesto al órgano de contratación la aparición de una serie de circunstancias acaecidas con posterioridad a la formalización del contrato, que impedirían su ejecución en los términos inicialmente planteados y que requerirían a su juicio, la tramitación de una modificación. Dichas circunstancias se concretarían en las siguientes:

- La aparición de servicios afectados y no valorados inicialmente.
- La aparición de elementos arbóreos de gran porte por debajo de la cota de la calzada.
- La aparición de una zona saturada de terreno con nivel freático elevado.

* Con base en una primera aproximación técnica y jurídica, el 25 de julio de 2022, se dicta por el Presidente de Diputación como órgano de contratación actuante y mediante avocación puntual de su competencia delegada, Decreto número 2022/8056, por el que se abre expediente para la resolución del contrato de referencia por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados y no ser posible la tramitación de una modificación contractual al tener ésta, siempre en los términos inicialmente planteados, carácter sustancial según el artículo 205,2,c), de la LCSP.

Se fundamenta este supuesto de resolución contractual en el artículo 211,1,g), de la LCSP y consecuentemente el órgano de contratación, acuerda denegar la pretensión planteada por el contratista de realizar un modificado del contrato.

Este acuerdo, fue debidamente notificado a todas las partes interesadas en el expediente, cumplimentándose así el trámite de información y alegaciones.

* Durante la instrucción del procedimiento, quedan de manifiesto las circunstancias y los elementos de todo tipo concurrentes en el expediente que dan lugar a una evolución en la formación del juicio de valor de la Administración, a saber:

- Que las circunstancias que determinaron la necesidad de ejecutar la obra en una forma distinta a la recogida en el proyecto inicial, se produjeron de forma sobrevenida, siendo las mismas imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato. En este sentido se indica que el estudio geológico-geotécnico realizado con ocasión de la formación del proyecto técnico, no detectó ninguna de las circunstancias referidas y que las mismas se pusieron de manifiesto una vez comenzados los trabajos de movimiento de tierras y a partir del punto kilométrico 0,400 aproximadamente. Por todo ello, no puede negarse que la Administración actuó con la diligencia debida.
- Que realizada una valoración exhaustiva de las actuaciones imprescindibles para dar solución a las necesidades aparecidas, las mismas suponían un porcentaje superior al 20% del precio inicial del contrato, IVA excluido, pero sin superar el 50% del mismo, como se desprendería del presupuesto del proyecto modificado elaborado a tal fin, de lo que resultaría que estas

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):
4DBE BE93 E0C1 0C83 F553
4DBEBE93E0C10C83F553
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Conforme de Jefe de Servicio Contratación CARANDELL MIFSUT JUAN JESUS el 03-05-2023
Organo resolutor Presidente RUIZ CRUZ ANTONIO el 04-05-2023

Num. Resolución:
2023/00004297

Insertado el:
04-05-2023

pie_decreto_dipu_01

actuaciones y la modificación en cuestión no serían obligatorias para el contratista conforme al artículo 206,1 de la LCSP.
- Que con la realización de aquéllas actuaciones no se produciría una alteración global del contrato, ya que las nuevas unidades necesarias a introducir sólo supondrían *"… un mayor volumen de la obra inicialmente contratada"* en capítulos concretos del proyecto inicial, que no representarían *"… una ampliación importante del ámbito del contrato",* y que por tanto, no tendrían la consideración de sustanciales, como aseveraría el Informe jurídico emitido por el Jefe del Servicio de Contratación de fecha 31 de enero de 2023.

Es precisamente en el Informe referido y con base en todo lo actuado, donde ya se reconocería la viabilidad de plantear un modificado del contrato, subsumible en el artículo 205,2,b), de la LCSP, quedando avalada dicha tesis por el correspondiente acuerdo del órgano de contratación.

Cabría añadir así mismo, que la modificación planteada tendría cobertura económica al haberse aprobado por el Pleno de la Diputación Provincial el 25 de enero de 2023, una adenda al Convenio de colaboración suscrito en su día entre la empresa nacional de residuos radioactivos (ENRESA), la Excelentísima Diputación Provincial y el Excelentísimo Ayuntamiento de Fuente Obejuna, para atender las nuevas necesidades planteadas técnicamente y posibilitar así la ejecución del proyecto modificado.

SEGUNDO.- Causa de resolución del contrato.

Como se ha indicado anteriormente, el artículo 206,1 de la LCSP, determina los supuestos en los que las modificaciones propuestas por el órgano de contratación resultan obligatorias para el contratista, disponiendo que en todo caso, serían obligatorias las que implicasen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no excediera del 20% del precio inicial del contrato, IVA excluido. Añade además el artículo que en caso de no resultar obligatoria para el contratista la modificación propuesta, no podría ser aprobada por el órgano de contratación salvo *"… conformidad por escrito del mismo, resolviéndose el contrato en caso contrario, de conformidad con lo establecido en la letra g) del apartado 1, del artículo 211"*.

Pues bien, la posición del contratista en relación al modificado propuesto queda recogida en los distintos escritos presentados en respuesta a diferentes requerimientos efectuados por la Administración actuante, a saber:

- En el escrito de 17 de diciembre de 2023, en respuesta al traslado por la Dirección de obra de la documentación técnica del modificado, cuando dice que el proyecto modificado planteado con el proceso de resolución *"… está fuera de lugar …"* y solicita tener por presentado el escrito y *"… formulada en tiempo y forma la respuesta solicitada..."*.

- También en el escrito fechado el 18 de febrero de 2023, cuando a la vista de la propuesta trasladada por la Diputación sobre la consideración de haberse producido de facto la negativa de la contratista a la aceptación del modificado y conocidas las consecuencias de la misma, vuelve a insistir en la improcedencia del modificado solicitando *"… una nueva resolución en la que establezca que JICAR, S.A., tiene derecho a la indemnización prevista en el artículo 213,4 de la LCSP. Ya que la resolución del contrato ha sido acordada por la causa recogida en la letra g) del artículo 211 de la LCSP y es la propia Administración la que acuerda la resolución negando la modificación solicitada por la contratista mediante Decreto de 25 de julio de 2022"*. Como aclaración, señalar que dicho Decreto determinó el inicio del expediente de resolución

Código seguro de verificación (CSV):
4DBE BE93 E0C1 0C83 F553
4DBEBE93E0C10C83F553
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Conforme de Jefe de Servicio Contratación CARANDELL MIFSUT JUAN JESUS el 03-05-2023
Organo resolutor Presidente RUIZ CRUZ ANTONIO el 04-05-2023

Num. Resolución:
2023/00004297

Insertado el:
04-05-2023

pie_firma_corto_dipu_01
pie_decreto_dipu_01

del contrato, sin que dicho expediente esté aún finalizado, como prueba el momento procedimental en el que nos encontramos.

Siendo ello así, la negativa del contratista a asumir y ejecutar la modificación contractual cuantificada en un importe superior al 20% del precio inicial del contrato, IVA excluido y fundamentada por el órgano de contratación en el artículo 205.2,b), de la LCSP, determinaría la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, y por tanto la necesidad de resolver el contrato a tenor de lo previsto en el artículo 211,1,g) de la LCSP.

En conclusión puede afirmarse que la Diputación Provincial, ha propuesto la modificación en cuestión por razones de interés público, con base en los artículos 190 y 203 de la LCSP y por cumplir la misma los requisitos del artículo 205,2,b) de la LCSP, no existiendo arbitrariedad ni desviación de poder en la formación de su juicio de valor, que ha evolucionado desde su inicio a la vista de la instrucción del expediente. A mayor abundamiento dicha propuesta encaja con la petición efectuada por la propia contratista en su escrito de fecha 16 de junio de 2022, cuando solicitó expresamente a la Diputación *"… la redacción de un proyecto modificado…".*

Por todo ello, como ha quedado acreditado a lo largo del procedimiento, ha sido la propia empresa cambiando de criterio la que rechaza acometer la modificación contractual propuesta y siendo imposible en ese caso ejecutar el contrato en la forma inicialmente prevista, a la Administración no le queda otra opción que resolver el contrato.

TERCERO.- Efectos jurídicos de la resolución del contrato.

Se analizan seguidamente los efectos jurídicos que comporta la resolución del contrato, teniendo en cuenta además que la opción legal del contratista de rechazar la ejecución de la modificación propuesta por no resultar obligatoria, aunque legítima, anuda igualmente unas consecuencias concretas como dispone la LCSP.

1.- Liquidación del contrato.

La resolución del contrato, según dispone el artículo 246,1, de la LCSP, *"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",* siendo necesaria la citación de éste para su asistencia al acto de comprobación y medición.

Para la realización de las actuaciones de recepción de las obras, así como de su certificación final y liquidación se estará con carácter general y en lo que resulte aplicable, a lo dispuesto en la LCSP (artículos 243 y siguientes) y en el RGCAP (artículo 166 y siguientes).

En relación a esta cuestión añadir, que la comprobación, medición y liquidación de obras, deberá limitarse estrictamente a las obras ejecutadas conforme al proyecto aprobado en su día, no debiendo incluir las obras ejecutadas y no contempladas en el proyecto, aún cuando éstas hubieran sido realizadas a instancias de la Dirección de obra, o al menos con el consentimiento de ésta. Dichas obras, en caso de existir, deberán ser objeto de un expediente diferenciado de reclamación por parte del contratista, en el que tendrán que especificarse los gastos efectivamente sufridos, así como su naturaleza y valoración económica, junto con su correspondiente justificación documental.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):
4DBE BE93 E0C1 0C83 F553
4DBEBE93E0C10C83F553

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Conforme de Jefe de Servicio Contratación CARANDELL MIFSUT JUAN JESUS el 03-05-2023
Organo resolutor Presidente RUIZ CRUZ ANTONIO el 04-05-2023

Num. Resolución:
2023/00004297

Insertado el:
04-05-2023

pie_decreto_dipu_01

2.- Indemnización planteada por el contratista por importe del 3% de la obra dejada de ejecutar.

Como se ha indicado anteriormente, el artículo 213,4 de la LCSP, prevé una indemnización a favor del contratista del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, sólo en el caso de que la resolución del contrato se acuerde por la causa recogida en la letra g) del artículo 211, y siempre que el contratista no rechace la modificación contractual propuesta por la Administración, lo que no sucede en este expediente tal como ha quedado probado a lo largo de su instrucción.

Por tanto, no procedería la percepción por el contratista de esta indemnización.

3.- Devolución de garantía.

Conforme a lo dispuesto en el articulo 213.5 de la LCSP, 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".*

Analizado el expediente, se entiende que en el mismo no procedería la incautación de la garantía prestada por el contratista, ya que la resolución contractual que se plantea no sería por causa culpable imputable a aquel (artículo 111,1 de la LCSP), todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 110,e) de la LCSP.

Dado que procede la devolución de la garantía prestada, no resulta preceptiva la audiencia a la compañía avalista.

4.- Indemnización planteada por el contratista en reclamación de gastos diversos.

Como tiene declarado el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 1 de octubre de 2014 (Roj STS 4120/2014), corresponde al contratista la carga de la prueba de los daños y perjuicios que se le han causado como consecuencia de la ejecución del contrato, estableciendo el Tribunal que la expresión *"daños y perjuicios efectivamente sufridos"* ha de entenderse como daños y perjuicios reales, *"... sin que basten a tales efectos simples conjeturas, deducciones o estimaciones abstractas con base en la documentación contable de la empresa".* Esto significa que cualquier reclamación deducida por el contratista con esta finalidad tendría que singularizar los desembolsos efectivamente realizados y probar y justificar documentalmente los mismos (también en este sentido las sentencias del TS de 29 de junio de 2016 y de 3 de octubre de 2016).

Por todo ello y sin entrar a analizar la procedencia o no de la indemnización reclamada por el contratista o de su importe, para una adecuada valoración por el órgano de contratación de la pretensión del contratista, éste debería haber presentado la documentación oportuna, lo que no ha sucedido hasta el momento.

Con dicha finalidad, se plantea que el órgano de contratación determine la apertura de un expediente separado en el que se efectúe el correspondiente requerimiento y sin que la tramitación de éste, obste a la resolución del contrato que se plantea en el expediente principal.

pie_firma_conto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):
4DBE BE93 E0C1 0C83 F553
4DBEBE93E0C10C83F553

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Conforme de Jefe de Servicio Contratación CARANDELL MIFSUT JUAN JESUS el 03-05-2023
Organo resolutor Presidente RUIZ CRUZ ANTONIO el 04-05-2023

Num. Resolución:
2023/00004297

Insertado el:
04-05-2023

pie_decreto_dipu_01

CUARTO.- Trámites a realizar para la resolución del expediente.

Como indica el artículo 212 de la LCSP, *"la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca".* Por su parte, el artículo 109 del RGCAP señala los requisitos que han de seguirse en el procedimiento de resolución contractual.

Considerando la normativa citada, el íter procedimental sería el siguiente:

- Acuerdo del órgano de contratación de inicio de expediente de resolución contractual.

- Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales.

- Informe del Servicio Jurídico, correspondiendo al Secretario General de la Corporación (Disposición Adicional Tercera de la LCSP). No obstante en este caso y como se ha hecho anteriormente en el procedimiento, se sustituirá por su nota de conformidad al presente Informe, con apoyo en el artículo 3.4 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo.

- Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, al haberse formulado oposición por parte del contratista (artículo 191,3,a), de la LCSP).

- Fiscalización previa del expediente por el Servicio de Intervención, como dispone la Regla 6, apartado g), de la "Instrucción de fiscalización limitada de la Diputación Provincial de Córdoba, sus Organismos Autónomos y Consorcio Provincial de prevención y extinción de incendios".

- Resolución del expediente por el órgano de contratación.

A la vista de lo actuado en el expediente cabe señalar que se han seguido todos los trámites preceptivos.

QUINTO.- Plazo de resolución del expediente.

Si bien el artículo 212,8 de la LCSP establece que *"los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses",* por aplicación de la reciente doctrina constitucional contenida en la STC 68/2021, de 18 de marzo, en su fundamento jurídico 7.C.c), al no tener carácter básico dicho precepto *"no será aplicable a los contratos suscritos por las administraciones de las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y las Entidades vinculadas a unas y otras"*. En consecuencia deberá considerarse aplicable el artículo 21,3 de la LPACAP, y entender que el plazo para la resolución de este procedimiento será de "... *tres meses",* así como que el trascurso del plazo máximo sin resolución expresa, producirá la caducidad del procedimiento, al ser un procedimiento iniciado de oficio (artículo 25,1,b) de la LPACAP).

Señala el Consejo Consultivo en su dictamen que el procedimiento "… se inició por acuerdo de 6 de febrero de 2023, por lo que no ha transcurrido el plazo máximo de tres meses previsto en el artículo 21,3, en relación con el artículo 25,1,b), ambos de la Ley 39/2015, de acuerdo a la argumentación recogida en el dictamen 18/2023 de este órgano…". En dicho plazo la Administración deberá dictar la oportuna resolución y notificarla al interesado.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):
4DBE BE93 E0C1 0C83 F553
4DBEBE93E0C10C83F553

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Conforme de Jefe de Servicio Contratación CARANDELL MIFSUT JUAN JESUS el 03-05-2023
Organo resolutor Presidente RUIZ CRUZ ANTONIO el 04-05-2023

Num. Resolución:
2023/00004297

Insertado el:
04-05-2023

pie_decreto_dipu_01

SEXTO.- Adopción de medidas provisionales de seguridad.

Conforme al artículo 213,6 de la LCSP, el contratista estará obligado a *"...adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado",* hasta que se formalice el nuevo contrato, sin perjuicio de poder ser también la Administración con sus propios medios o bien a través de un contrato con tercero, la que adopte aquéllas.

En relación a esta cuestión cabe indicar que el 3 de marzo de 2023, se ha emitido Informe por el Director de obra que señala que "actualmente, la señalización fija de obra, así como el balizamiento y cierre del tramo iniciado, se ha realizado a través del Servicio de Carreteras, realizándose desde el mismo las labores de vigilancia hasta la formalización del nuevo contrato, por lo que no se requiere ninguna medida a tomar por la empresa constructora".

Por tanto, la resolución que se adopte no tendrá que establecer ninguna medida provisional de seguridad.

SÉPTIMO.- Posibilidad de aprobación de un nuevo expediente de contratación.

Conforme al artículo 213,6 de la LCSP, al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por las causas establecidas en el apartado g) del artículo 211,1, podrá iniciarse el procedimiento para adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de éste quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución, aplicando la tramitación de urgencia a ambos procedimientos.

Dicha posibilidad legal, fue acordada por Decreto de Presidencia 2022/8056, de 25 de julio, por lo que siendo aquel acuerdo ejecutivo, no procede adoptar ninguna determinación adicional al respecto por el órgano de contratación con ocasión de la resolución de este expediente.

OCTAVO.- Aplicación de la revisión excepcional de precios a las obras ejecutadas.

Como ya se indicó en el Informe Jurídico emitido por el Jefe del Servicio de Contratación de fecha 31 de enero de 2023, cuya transcripción se recogió en el Decreto de Presidencia 2023/529, de 6 de febrero, nunca se ha discutido por la Diputación la posibilidad de que el contratista solicite la aplicación de la revisión excepcional de precios al contrato de referencia. Lo que sí se ha puesto en cuestión es que dicha solicitud tenga aplicabilidad inmediata, a modo de efecto jurídico, en el presente expediente de resolución contractual. Como ya se señaló, la solicitud para aplicación de la revisión excepcional de precios prevista en el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo y en el Decreto-ley 4/2022, de 13 de abril, de la Junta de Andalucía, debía plantearse de forma autónoma a este expediente y acompañada de la documentación que justificase su aplicabilidad al contrato, para su debida valoración por la Administración.

En relación a esta cuestión, no cabe hacer ningún pronunciamiento adicional, ya que el contratista ha presentado con fecha 22 de febrero de 2023, ante esta Diputación Provincial (referencia DIP/RT/E/2023/10476), solicitud para la aplicación de la revisión excepcional de precios al contrato, en orden a su consideración por el órgano de contratación. Por tanto, dicha solicitud será tramitada debidamente mediante la instrucción del correspondiente procedimiento.

Código seguro de verificación (CSV):
4DBE BE93 E0C1 0C83 F553
4DBEBE93E0C10C83F553
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Conforme de Jefe de Servicio Contratación CARANDELL MIFSUT JUAN JESUS el 03-05-2023
Organo resolutor Presidente RUIZ CRUZ ANTONIO el 04-05-2023
Num. Resolución:
2023/00004297
Insertado el:
04-05-2023
pie_firma_corto_dipu_01
pie_decreto_dipu_01

NOVENO.- Dictamen 343/2023, del Consejo Consultivo de Andalucía.

Como se ha expuesto precedentemente, el Consejo Consultivo de Andalucía ha emitido dictamen 343/2023, favorable a la propuesta de resolución planteada por la Diputación Provincial en el presente expediente. En relación al mismo y sin ánimo exhaustivo, se reproducen algunas de las consideraciones más relevantes que apoyan el posicionamiento de la Diputación Provincial:

* *"… concurre la premisa mayor que se contempla en el artículo 211,1,g), referido. En efecto, si cabe la modificación ex artículo 205 de la LCSP, y así lo entiende la Administración en el ejercicio de su prerrogativa al efecto, ésta podría optar por la modificación, pero no está obligada a ello y también puede ejercer la prerrogativa de resolver el contrato. Si no cabe la modificación, opera sin más la causa de resolución. .../… Así pues, procede la resolución del contrato por la causa pretendida."*

* *"Cuestión diferente, pero relacionada y que concierne directamente a los efectos de la resolución, es si, en la hipótesis de que procediera la modificación y que la Administración ejerciese su prerrogativa al respecto, la contratista no la consintiese. …. Pues bien, en el presente caso costa que aunque la contratista inicialmente solicita la modificación del contrato, posteriormente se opone a la planteada por la Administración ……. Por tanto, y en cualquier caso, procede la resolución pretendida por el contratista sin que, por lo demás, el mismo se oponga al juego de la causa de resolución pretendida, sino sólo a sus consecuencias."*

* *"… en el caso de obras no contempladas en el proyecto, el contratista podrá tener derecho a su abono si se han realizado a instancia de la dirección facultativa o con su consentimiento, pero no como liquidación del contrato…".*

* *"Para la Administración, el contratista ha rechazado la modificación propuesta por aquélla, y ciertamente así consta en el expediente….. En primer lugar, no parece que las circunstancias referidas que justifican la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados supongan, de procederse a la modificación, una alteración de la naturaleza global del contrato (apartado 2.b)2º del artículo 205 de la LCSP) o una modificación sustancial del mismo (apartado 2.c) del mismo),….., En segundo lugar, la contratista muestra su disconformidad con la modificación propuesta por la Administración por considerar que tal propuesta no se corresponde con la alteración sustancial que para el contrato representan las circunstancias ya referidas, marginando la idea de que ello podría llevar a una nueva licitación con la consiguiente adjudicación a otra contratista. Ello ciertamente es legítimo pero, de alguna forma, revela ya la falta de voluntad de continuar con el contrato… Entendemos por tanto, que tal circunstancia ha de tenerse en cuenta a los efectos que aquí se valoran, de manera que no procede la indemnización solicitada al amparo del artículo 213,4 de la LCSP."*

* En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios solicitada por el contratista *"la propia propuesta de resolución contempla la apertura de un expediente al efecto, lo que se considera razonable…".*

* También el Consejo Consultivo considera acertada *"… la devolución de la garantía que prevé, pues no estamos ante un incumplimiento culpable del contratista (art. 213,3 de la LCSP): y es que como este Consejo ha señalado en numerosas ocasiones (entre otros muchos, dictámenes 321 y 504 de 2022), la incautación de la garantía exige no ya que exista un incumplimiento del contratista, sino que, además, este sea culpable".*

Código seguro de verificación (CSV):
4DBE BE93 E0C1 0C83 F553
4DBEBE93E0C10C83F553
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Conforme de Jefe de Servicio Contratación CARANDELL MIFSUT JUAN JESUS el 03-05-2023
Organo resolutor Presidente RUIZ CRUZ ANTONIO el 04-05-2023
Num. Resolución:
2023/00004297
Insertado el:
04-05-2023
pie_firma_corto_dipu_01
pie_decreto_dipu_01

* Finalmente, el Consejo Consultivo, tras señalar que el examen del expediente *"… revela el cumplimiento de las exigencias referidas…"*, en cuanto al íter procedimental,dice *"… que el procedimiento no ha caducado pues se inició por acuerdo de 6 de febrero de 2023, por lo que no ha transcurrido el plazo máximo de tres meses previsto en el artículo 21,3 en relación con el artículo 25,1,b), ambos de la Ley 39/2015…."*

DÉCIMO.- Órgano competente para la resolución del expediente.

En relación a esta cuestión se hará remisión igualmente a lo ya expuesto en el Informe Jurídico de fecha 22 de julio de 2022, emitido por el Jefe del Servicio de Contratación con ocasión del presente expediente de resolución de contrato, en el que se señalaba como órgano competente para la adopción de los acuerdos que en éste correspondieran y con base en el Decreto de la Presidencia de delegación genérica de competencias número 2019/3870 de 9 de julio de 2019, a la Junta de Gobierno de la Diputación Provincial, con independencia de que hasta el momento habría actuado, por avocación puntual de su competencia delegada, el propio Presidente de Diputación.

Se entiende por la informante que siguen concurriendo las razones expuestas a lo largo del expediente para justificar por parte del Presidente de la Diputación la avocación puntual de su competencia delegada en la Junta de Gobierno."

VISTO que en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 63 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por R.D. 2568/86, de 28 de noviembre, y en los términos previstos en el artículo 34 de la Ley 7/85 de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, delegué en la Junta de Gobierno de la Diputación, mediante Decreto de 9 de julio de 2019, entre otras las competencias de la contratación de obras cuando su valor estimado excediera de 300.000 euros.

VISTO.- Que en este momento procedimental siguen concurriendo razones de interés público que determinan la necesidad de resolver el presente expediente a la mayor brevedad posible para permitir el cumplimiento del Convenio suscrito entre esta Diputación, el Ayuntamiento de Fuente Obejuna y ENRESA, con la finalidad de incrementar la seguridad vial en el transporte de los residuos que ENRESA gestiona, tal y como se recoge en el Expositivo Primero del mencionado Convenio, necesidad que se vería condicionada en el tiempo en caso de someter el asunto al régimen ordinario de sesiones de la Junta de Gobierno.

Por medio del presente Decreto, una vez fiscalizado el expediente por la Intervención provincial, se adoptan, los siguientes acuerdos:

PRIMERO.- Avocar puntualmente la competencia delegada en la Junta de Gobierno de la Diputación para la adopción de los acuerdos que correspondan a este expediente y en este momento procedimental, dadas las razones expuestas precedentemente, y ello con base en el artículo 8 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Púbico y artículo 116 del R.D. 2568/86, de 28 de

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):
4DBE BE93 E0C1 0C83 F553
4DBEBE93E0C10C83F553

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Conforme de Jefe de Servicio Contratación CARANDELL MIFSUT JUAN JESUS el 03-05-2023
Organo resolutor Presidente RUIZ CRUZ ANTONIO el 04-05-2023

Num. Resolución:
2023/00004297

Insertado el:
04-05-2023

pie_decreto_dipu_01

noviembre, Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, dando cuenta del presente Decreto a la Junta de Gobierno para su toma de conocimiento.

SEGUNDO.- Resolver definitivamente el contrato de las obras de "Mejora circunvalación de Fuente Obejuna", en Córdoba (acogido al Convenio ENRESA - Ayto. Fuente Obejuna - Diputación Provincial de Córdoba), con el contratista JIMÉNEZ Y CARMONA, S.A., con C.I.F A-14022099, con apoyo en el artículo 211,1,g) de la LCSP, por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados y rechazar aquél la ejecución del modificado contractual propuesto y fundamentado en el artículo 205,2,b) de la LCSP.

Consecuentemente con dicho acuerdo de resolución:

- Denegar a JIMENEZ Y CARMONA, S.A., de conformidad con el artículo 213,4 de la LCSP, la indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, por resultar dicha denegación conforme a derecho.

- Proceder a la devolución de la garantía definitiva constituida en su día por JIMENEZ Y CARMONA, S.A., de acuerdo con el artículo 213,3 de la LCSP. por no apreciarse incumplimiento culpable en el presente expediente de resolución contractual, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 110,e), de la LCSP.

TERCERO.- Comunicar el acuerdo de resolución contractual al Director de obra, al objeto de que proceda a la recepción de las obras en el estado en que se encuentren con citación del órgano interventor y para que prepare la propuesta de certificación final y liquidación del contrato que deberán sustanciarse y resolverse a través del correspondiente procedimiento, garantizando la audiencia al contratista, todo ello conforme a los artículos 246,1 de la LCSP y 166 y siguientes del RGCAP.

CUARTO.- Abrir expediente separado para la tramitación de la solicitud de indemnización de daños y perjuicios económicos planteada por JIMENEZ Y CARMONA, S.A., con ocasión de la ejecución del contrato, realizando para ello las actuaciones pertinentes.

QUINTO.- Notificar la resolución que se adopte a JIMENEZ Y CARMONA, S.A., con expresión de los recursos que según ley le asisten.

SEXTO.- Trasladar la resolución que se adopte, a ENRESA y al Ayuntamiento de Fuente Obejuna, con expresión de los recursos que según ley le asisten., así como al Servicio de Planificación de la Diputación Provincial a los efectos oportunos.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):
4DBE BE93 E0C1 0C83 F553
4DBEBE93E0C10C83F553

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Conforme de Jefe de Servicio Contratación CARANDELL MIFSUT JUAN JESUS el 03-05-2023
Organo resolutor Presidente RUIZ CRUZ ANTONIO el 04-05-2023

Num. Resolución:
2023/00004297

Insertado el:
04-05-2023

pie_decreto_dipu_01

SÉPTIMO.- Dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 10,2 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Andalucía y trasladar a éste la resolución que se adopte en el plazo de los quince días siguientes, para su debido conocimiento.

*Este Decreto del que está conforme con sus antecedentes el **Jefe del Servicio de Contratación, Juan Carandell Mifsut**, lo firma electrónicamente, el Ilmo. Sr. Presidente de la Excma. Diputación de Córdoba, **Antonio Ruiz Cruz**.*

pie_firma_conto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):
4DBE BE93 E0C1 0C83 F553
4DBEBE93E0C10C83F553

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)

Conforme de Jefe de Servicio Contratación CARANDELL MIFSUT JUAN JESUS el 03-05-2023
Organo resolutor Presidente RUIZ CRUZ ANTONIO el 04-05-2023

Num. Resolución:
2023/00004297

Insertado el:
04-05-2023

pie_decreto_dipu_01