



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 / 1 9 9 2

La Laguna, a 13 de marzo de 1992.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias a petición del Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *Propuesta de resolución del contrato de obras del Auditorium, Conservatorio y Locales de Ensayo de Arafo (EXP. 1/1992 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen, que se emite a solicitud del Excmo. Sr. Presidente del Gobierno a petición del Excmo. Cabildo Insular de Tenerife, tratará de analizar si la resolución pretendida por el Cabildo de Tenerife es conforme al Ordenamiento jurídico que resulta de aplicación, integrado en concreto por el Pliego de Condiciones Económico-Administrativas, Ley del contrato, así como por la legislación estatal aplicable al caso; es decir, Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local; el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales en materia de Régimen Local (TR); la Ley de Contratos de Estado (LCE), cuyo texto articulado fue aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, su Reglamento (RCE), aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, y, en lo que continúe vigente, por el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (RCCL), de 9 de enero de 1953.

2. Por lo que atañe a la competencia del Consejo Consultivo para dictaminar la Propuesta que se somete a su consideración, la misma le viene atribuida por el art. 10.7 de su Ley reguladora, 4/84, de 6 de julio, que determina que será preceptivo el dictamen previo de este Consejo en aquellos asuntos en que por precepto legal haya

* **PONENTE:** Sr. Pérez Voituriez.

de consultársele. En este sentido, el art. 114.3 TR dispone que en los casos de resolución de contratos, cuando el precio de los mismos exceda de la cantidad fijada por la legislación estatal sobre contratación administrativa (art. 18, LCE fija esta cantidad en 100.000.000 de pesetas) será preceptivo el dictamen del órgano consultivo superior de la Comunidad Autónoma, si existiere, o, en su defecto, del Consejo de Estado, por lo cual, refiriéndose el presente expediente de resolución a un contrato adjudicado por el precio de 140.000.000 de pesetas, es innegable la competencia de este Consejo Consultivo para emitir el presente dictamen.

3. En relación con la competencia orgánica de la corporación local interesada en resolver el contrato de referencia, ha de indicarse que según el art. 18 LCE el órgano de contratación podrá acordar la resolución de los contratos celebrados dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la Ley.

En este sentido, el art. 113.1ª del Real Decreto Legislativo 781/86 dispone que la competencia para contratar de los distintos órganos se regirá por lo dispuesto en la Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, así como por lo dispuesto en el mismo Real Decreto Legislativo 781/86, cuyo art. 28.1.d) atribuye precisamente a la competencia del Pleno corporativo la contratación de obras cuando su cuantía exceda del 5% de los recursos ordinarios, hayan de durar más de un año o exijan recursos superiores a los consignados en el presupuesto anual, circunstancias estas últimas que concurren en el expediente remitido a este Consejo. Es, pues, el Pleno corporativo quien, por ser competente para contratar, como así se desprende del expediente, lo es asimismo para resolver el contrato adjudicado, y en este sentido obra en el expediente certificado de la sesión plenaria extraordinaria del Cabildo Insular, celebrada el día 23 de diciembre de 1991, en la que se presta "conformidad, en principio, a la resolución del contrato por causa imputable a la empresa adjudicataria", y se interesa precisamente de este Consejo la emisión del presente dictamen.

Por otra parte, por lo que atañe a los demás trámites preceptivos que contempla el art. 114.3 del citado Real Decreto Legislativo, Informes de la Secretaría e Intervención, los mismos resultan acreditados en el expediente, aunque bien es verdad que el de Secretaría se contrae casi a una fórmula de "visto bueno", habiéndose emitido respectivamente el 23 y 20 de diciembre de 1991.

II

Por lo que a las actuaciones que resultan del expediente remitido a este Consejo interesa hacer, siquiera someramente, un breve relato de las que tienen incidencia en la Propuesta cuya adecuación a Derecho debe precisamente dictaminar este Consejo.

El contrato fue adjudicado mediante el procedimiento de subasta, a la Empresa "C.A., S.A.". De acuerdo con el art. 3 del Pliego de Condiciones, el plazo de ejecución de las obras sería de 26 meses, contados a partir del día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo, acta que se firmó el 5 de julio de 1991. Con fecha 28 de junio de 1991, el arquitecto del Servicio de Arquitectura, Vivienda y Servicios del Cabildo ruega al Jefe del Servicio Administrativo de Obras y Servicios de la misma Corporación solicite un informe detallado de la situación real de las obras a los arquitectos directores de las mismas ante el aparente bloqueo de la ejecución de una serie de unidades de obra. Con fecha 15 de julio de 1991, la Dirección facultativa remite un Informe, en el que se señala que existe un considerable retraso en relación a los plazos establecidos, en determinadas obras, aunque por parte de la contrata existe un compromiso verbal de agilizar su actuación para el cumplimiento de los plazos; siendo así que en el expediente consta copia del Libro de Órdenes en el que se señala que en visita efectuada por el arquitecto el 30 de octubre de 1991 se advirtió la inexistencia de trabajos en la misma. Con fecha 19 de noviembre de 1991, la Dirección facultativa remite al Cabildo un Informe mediante el cual pone en su conocimiento la paralización por parte de la empresa de toda actividad, habiendo abandonado la obra sin que en ningún momento la misma manifestara las circunstancias relativas al estado actual y posible continuidad de la ejecución de la obra y sin que se haya producido ningún cambio en el estado de la misma.

Con fecha 4 de diciembre de 1991, el Consejero Delegado del Área de Infraestructura del Cabildo de Tenerife resuelve abrir expediente de resolución del contrato por incumplimiento, dándose al contratista trámite de vista y audiencia por un plazo de 10 días antes de redactar la Propuesta de resolución del contrato. Al día siguiente, tales extremos son notificados a la empresa contratista en su Delegación en Tenerife, la cual deja transcurrir el plazo sin realizar ningún tipo de alegaciones.

Finalmente, el Pleno de la Corporación, en sesión celebrada el día 23 de diciembre de 1991, acuerda prestar conformidad, en principio, a la resolución del contrato por causa imputable al contratista.

III

De conformidad con lo que dispone el art. 131 RCE, "la paralización total de las obras o la suspensión definitiva de las mismas sólo podrá verificarse por motivo grave y mediante acuerdo del órgano que celebró el contrato", disponiendo además el art. 56 RCCL que "por ningún motivo, ni aún por demora en el pago, podrá el contratista interrumpir el cumplimiento del contrato". Sólo quedaría exceptuado, pues, el supuesto de fuerza mayor, cuya existencia deberá probar el contratista.

De los hechos antecedentes no se deduce ni que mediara acuerdo de paralización adoptado por la Corporación, ni que se alegara por la empresa causa de fuerza mayor. Por tanto, nos encontramos con un supuesto de incumplimiento culpable por parte del contratista, que paralizó y abandonó las obras unilateralmente. El contrato entra de lleno, pues, en la causa de resolución contemplada en los arts. 52.1 LCE y 157.1 de su Reglamento; es decir, el incumplimiento de las cláusulas contenidas en el contrato. Y, por lo que a tales causas atañe, debe significarse, además, que conforme dispone el art. 27 del Pliego de Condiciones Económico-Administrativas y Facultativas que rigen el contrato, "si el contratista incumpliera las obligaciones que le incumben, la Corporación estaría facultada para exigir su cumplimiento o declarar la resolución del contrato".

En relación con tales determinaciones legales, es de interés traer a colación la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en materia de resolución contractual por causa imputable al contratista, pues la misma ha contribuido a perfilar los límites y alcance del mencionado instituto. Debe indicarse, en primer lugar, que para que el mencionado incumplimiento pueda ser operativo como causa de resolución contractual, el mismo debe ser de carácter grave, no bastando, pues, cualquier incumplimiento para justificar la resolución (SSTS de 8 de marzo de 1986 y de 23 de julio de 1990). Gravedad que concurre en el presente supuesto, donde se ha producido un abandono total de las obras, acreditado, al menos, desde el 30 de octubre de 1991. Pues bien, como expresa la STS de 6 de junio de 1977 "(...) es incuestionable el acierto de la resolución recurrida, ya que la empresa recurrente abandonó la obra sin estar terminada y con grandes deficiencias en lo construido, por

lo que la rescisión que nos ocupa no sólo se ajustó a la cláusula (del Pliego de Condiciones Particulares), sino al art. 52.1 LCE". Igualmente, la STS de 6 de abril de 1982, manifiesta que "el incumplimiento del contrato se produjo por culpa exclusiva del contratista (lo que) determina (...) la resolución del contrato".

Por su parte, el Consejo de Estado, en Dictamen, de 24 de octubre de 1985, señala que "la paralización de las obras imputable al contratista abre la posibilidad resolutoria de la Administración".

IV

Una vez considerado favorablemente el motivo de resolución que concurre en el contrato de referencia convendría, cara a la protección de los intereses corporativos que representa el Cabildo Insular, determinar el alcance y adecuación de la notificación realizada por aquella Corporación a la empresa contratista de la Resolución del Consejero Delegado de Obras y Servicios por la que se abre expediente de resolución y se le da vista y audiencia.

Como ya tuvo este Consejo ocasión de expresar anteriormente en su Dictamen 1/92, emitido, precisamente, en relación con una Propuesta de resolución contractual interesada por una Corporación Local municipal, "son las notificaciones actos de comunicación de la Administración a los interesados que no sólo condicionan legalmente la eficacia de las resoluciones o acuerdos administrativos, sino que además permiten a aquéllos ejercitar en el terreno de la garantía jurídica los recursos o medios de impugnación que, en cada caso, procedan. Su régimen se halla contenido en los arts. 79 y 80 LPA, que establecen una serie de requisitos sin los que aquéllas han de considerarse defectuosas".

Pues bien, la notificación que consta en el expediente remitido a este Consejo presenta ciertas deficiencias relativas al cumplimiento de ciertos requisitos objetivos y formales, por cuanto que, a tenor de lo establecido en el art. 79.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA), el destinatario de la misma ha de ser el interesado o interesados a que afecta el acto, carácter que sólo puede predicarse de quienes se encuentran en alguno de los supuestos relacionados en el art. 23 de aquella Ley (STS 22 de diciembre de 1981). Ello determina que, en principio, del expediente resulta que la cualidad de interesado sólo puede ser atribuida al

apoderado de la Entidad Mercantil adjudicataria del contrato, el cual aportó en su momento poder otorgado por la misma y que fue bastantado por el Secretario de la Corporación (STS de 21 de enero de 1986).

Sin embargo, del expediente en cuestión resulta evidente que la notificación figura simplemente "recibida", sin acreditación de la persona que practicó la recepción ni se relación con la empresa; sólo consta el sello de fechas de ésta sin que se acompañe, como decimos, firma ni acreditación de la persona que la recibió.

Al respecto, ha sido reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de exigir, en aplicación de los citados artículos 79 y 80 LPA, que en caso de no ser recibida la notificación por el propio interesado, sino por otra persona, habrá de hacerse constar la razón de la permanencia de ésta en el lugar. Si no fuera así, como se expresa en la STS de 4 de junio de 1980, "la notificación es defectuosa, toda vez que como constancia de la recepción del acto comunicado no figura sino un sello de la firma recurrente no respaldado por firma alguna que identifique al receptor y el concepto en que éste se hace cargo de la recepción, contraviniendo no sólo al art. 80 LPA, sino el principio mismo de la garantía de las notificaciones, que consiste en asegurar que las mismas llegan a poder del interesado, bien directamente, bien a través de persona que legítimamente se halle en el domicilio consignado por aquél".

A efectos de posible subsanación de la notificación defectuosa, se significa que consta en el expediente remitido por la Corporación Insular la realización de una notificación a la misma empresa practicada de igual forma en la que sí se produjo contestación por ésta, lo que podría entenderse como "uso" de la empresa y, consecuentemente, ser valorado, en el marco del principio de no ir contra sus propios actos, como prueba fehaciente de la realización de la notificación. Sin embargo, parece que conforme a Derecho la prueba estaría en acreditar la identificación del empleado que efectuó el registro y apostilla, pues, como expresamente señala la STS de 21 de octubre de 1986: "(...) y esas previsiones (de los arts. 79 y 80 LPA), son exigidas por la norma para que la notificación se pueda estimar como bien hecha y, por tanto, produzca efecto, sin que a lo anterior obste, el que en otras ocasiones, a lo largo del expediente, aparezca la firma, o una muy similar a la que muestra el folio citado, pues además de que las notificaciones defectuosas pueden subsanarse y producir efectos en los casos que refiere la Ley, no conviene olvidar que cada notificación es un acto individual e independiente que por sí sólo está sujeto al

cumplimiento de los requisitos o presupuestos que le son exigidos, y al no cumplir éstos como defectuosa y sin efectos se ha de tener".

V

Finalmente, y por lo que atañe a los efectos de la resolución contractual por incumplimiento del contratista, al haber paralizado unilateralmente las obras, los mismos vienen expresamente recogidos en los arts. 53, LCE y 160 de su Reglamento conforme a los cuales, "cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios causados".

Ambos efectos son recogidos de forma pacífica por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina del Consejo de Estado (SSTS 6 de junio de 1977 y de 6 de abril de 1982, entre otras; y Dictámenes de 5 de octubre de 1972, 12 de marzo de 1976, 27 de octubre de 1983 y 24 de octubre de 1985).

Simultáneamente, y de acuerdo con el art. 47 LCE el contratista tiene derecho al abono de la obra realmente ejecutada que sea de recibo, conforme dispone el art. 53 LCE y precisa el Dictamen del Consejo de Estado de 27 de octubre de 1973).

CONCLUSIÓN

Del examen del expediente remitido a este Organismo, se desprende la concurrencia de causa suficiente para que la Corporación Local insular afectada proceda a la resolución del contrato de referencia. No obstante, se advierte, conforme se razona en el Fundamento III, sobre la conveniencia de subsanar ciertas deficiencias observadas en la tramitación del expediente, particularmente, por lo que respecta a la notificación a la empresa adjudicataria de la Resolución por la que incoaba expediente de resolución contractual.